Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

REPORT

evidence

1

Canada

FIRST REPORT

EVIDENCE

©Minister of Supply and Services Canada 1977

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada

130 Albert St., 7th Floor

Ottawa, Ontario K1A 0L6

Catalogue No. J31-15/1975

ISBN 0-662-51261-8

Reprinted 1977, 1981, and 1982

Law Reform Commission of Canada | Commission de réforme du droit du Canada

December 1975

The Honourable S. R. Basford,
Minister of Justice,
Ottawa, Ontario.

Dear Mr. Minister:

In accordance with the provisions of Section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith the report with our recommendations on the studies undertaken by the Commission on the laws of Evidence.

Yours respectfully,

E. Patrick Hartt
Chairman

Antonio Lamer
Vice-Chairman

J. W. Mohr
Commissioner

G. V. La Forest
Commissioner

REPORT
ON
EVIDENCE

Table of Contents

Acknowledgments ix

Introduction 1

Evidence Code 13

Comments on Evidence Code 49

Comments on Specific Sections 51

Comments on Structure 109

Publications 115

Acknowledgments

During the four and a half years the Commission was engaged in working on the law of evidence, it benefited greatly from the assistance of many individuals, the Bar, and other professional groups and organizations. To all of these we express our appreciation. A special debt of gratitude is owing to the British Columbia Law Reform Commission which (while it bears no responsibility for the end result) cooperated with us throughout and provided us with valuable comments on several drafts. We would also like to thank Chief Justice Fatzer and the Supreme Court of Kansas who (through the instrumentality of Judge Spencer Gard, who chaired the Committee that produced the Uniform Code in the United States) provided us with valuable insights regarding the manner an Evidence Code works in practice. Finally we should like to express our appreciation to the following former Commissioners and consultants who actively participated in the work of the project:

Special Consultant

Neil Brooks

Other members of Project Staff

Jean-Louis Baudouin
Judge Ronald J. Delisle

Judge René J. Marin
Graham Murray
Judge H. G. Oliver

Outside consultants

Anthony Doob
Bruce McDonald
Stanley A. Schiff
Paul C. Swingle
E. A. Tollefson

Former Commissioners

Mme. Justice Claire Barrette-Joncas
Dean Martin L. Friedland
John D. McAlpine
Mr. Justice William F. Ryan

Secretary

Jean Côté

Introduction

The Problem

No facet of a lawyer's work so fascinates the layman as his skills at trial. One need only mention the popularity a few years ago of such television programs as Perry Mason to demonstrate this. Perry's ability to ferret the truth out of witnesses, to obtain evidence and to get it admitted, to outmanoeuvre his opponents—these were the essential ingredients that kept viewers watching over a period of several years.

But if the public finds trials and trial tactics splendid fare as drama, those who are involved with them in real life are somewhat less enthused by it all. Probably no part of law is less attractive to them (unless perhaps it is the language of the law, about which we will have more to say later). They are confronted with technical, and what seems to them sometimes arbitrary, rules when they seek to tell the truth as they know it. Evidence commonly accepted by reasonable men in determining facts is rejected as hearsay, or because it is thought prejudicial to a party, or for other cause. And the litigant is sometimes appalled by the consequent delay —and the expense. As George Herbert put it: "Lawsuits consume time, and money, and rest and friends."

Such complaints are well-nigh universal. An Italian proverb perhaps says it best: "In the lawyer's garden, a trial is a fruit tree that takes root and never dies."

If complaints about the length, complexity—and costs—of trial are universal, the rules for the admission of evidence under our system of administering justice make our trial procedure an even better target for this kind of criticism than the system prevailing in other western countries. For there can be no doubt that the difference between the common law system of evidence and that prevailing in other western countries is very great. In fact, it can in a general way be said that these countries do not have rules of evidence in the sense of rules governing the admission of evidence. Why, it may fairly be asked, do we need such a body of rules when it so materially adds to the costs of trial? After all, not only European courts but many of our administrative boards and arbitral bodies of all kinds get along very well without these, and the latter often deal with questions that are at least as important as many coming before the courts.

Why We Have Rules of Evidence

This question cannot be answered without some broad general comparison between the nature of a trial under our system and under the European system. The European system is essentially "inquisitorial". The judge plays a central role in assembling the evidence. He decides what witnesses shall be summoned, he asks the questions, and the process of taking evidence generally takes place before the trial proper. There is, moreover, considerable emphasis on written evidence including notarially attested records of every sort of transaction. Our system by contrast is an "adversarial system", one in which each party presents the evidence to support his version of the facts, and the judge in general acts as an impartial arbiter to hear and determine the issues. Not that the judge is a mere umpire. He must, when need be, intervene in the interests of justice, for justice is what the process is about. But he must as much as possible avoid joining in the fray lest his impartiality be affected. As Lord Bacon put it, "an over-speaking judge is no well-tuned cymbal". So the parties are left with considerable leeway to present their case. But subject to rules—the rules of evidence.

No doubt champions can be found to contest either side of the question whether the inquisitorial or adversarial system is best suited to elicit the truth. Suffice it to say that, on the whole, the adversarial system has served that purpose well. It also serves other purposes as well. No judicial system better answers the need for impartiality and the appearance of impartiality in judicial proceedings. Moreover, as presently organized, our courts serve as a bulwark against the arbitrary power of the state, and are perceived as serving that end. Consequently, as we observed in our Working Paper on *Discovery*, there is no justification for the radical readjustment a change to an inquisitorial process would call for. The adoption of European-style rules and practice in regard to evidence would mean a new kind of judiciary and a wholly new structure for the administration of justice.

But if we retain the adversarial system we must accept certain consequences for the law of evidence. A system that requires the parties to present the evidence presupposes at least a discretion in the judge to scrutinize the evidence to make sure it is relevant; to guard, particularly when there is a jury, against less reliable evidence being given too much weight; to ensure that there is no undue consumption of time by, for example, presenting exceptionally large numbers of witnesses to prove a point; and to make sure that certain types of evidence are excluded for extrinsic policy grounds (for example, to protect state secrets), and so on. And a system that permits the parties to question witnesses must ensure, on the one hand, that counsel does not "lead" his witnesses into giving the story he seeks, regardless of the truth, or on the other hand, permit the adverse party to badger or intimidate his opponent's witnesses. Much of this could, it is true, be done by simply giving a judge an unfettered discretion, without burdening him with specific rules to govern that discretion. This is frequently done by administrative boards and *ad hoc* arbitrators employing an adversarial system. But consistency in the administration of justice is important, and that cannot be achieved by courts spread throughout the length and breadth of the land unless there are rules to guide discretion. Moreover, it is important that those preparing for trial know what facts are to be considered. So we have rules of evidence.

Must Evidence be so Complicated?

If a case can be made for rules of evidence, it by no means follows that they need be as complicated as they have become. And complicated they are—and hard to find! Wigmore—the great American authority on evidence—takes eleven hefty tomes to set forth the law of evidence. And Phipson, the English authority whose work is widely used in Canada, has a collection of 7,000 precedents and thus, which as Dean Wright caustically remarked in reviewing its republication, is "as helpful as past volumes in providing ample authority to prove that almost anything is inadmissible" as evidence. Present evidence law has rightly been categorized as "a proliferation of ostensible legal rules, refinements of rules, distinctions in the refinements, refinements and distinctions in the exceptions, and so forth ad infinitum".

How then is a judge in the heat of a trial expected to cope when fine points regarding the admissibility of evidence may be raised at any time? And how can he be expected, often on the spur of the moment, to assess numerous conflicting or narrowly distinguishable precedents cited by opposing counsel? The simple fact is: he can't. No one can fully master Wigmore's or Phipson's or the welter of judicial precedents that make up evidence law. The law of evidence functions because it is often ignored. Surely this is not good enough. For it means that the law is unevenly applied, a problem that is all the more serious where opposing parties are not equally matched.

Why, it may be asked, are the rules of evidence so complex? Well, partially it is owing to the nature of jury trials, and partially to what in retrospect must be seen as a misuse of the doctrine of precedents. In a trial by jury, the jury decides what the disputed facts are, the judge being the judge of law. But when trial by jury was developing, the jurors were largely simple, unlearned men, often lacking experience. So it was necessary for the judge not only to determine whether evidence was relevant, but also to reject evidence such as hearsay, to which inexperienced persons might attach undue weight, and generally to control the trial. As judges made rulings, often wise in context—though, of course, not invariably so—these rulings were taken as precedents to be followed in similar cases. Where these did not quite fit or were

thought unwise, distinctions were made by later judges. And sometimes statutory amendments, often narrowly written and construed, were made. All of this has led to the complicated state of affairs already described.

Much of the factual underpinnings for this manner of proceeding has now vanished. An all but negligible number of civil cases and at least 95% of criminal cases in Canada are now tried by a judge alone, so there is no need for all the precautions about what is to be allowed in evidence now. Judges are experienced in weighing evidence and, in any event, they have to learn of disputed evidence to determine whether it is admissible or not. Even where there is a jury, the situation is profoundly different from the past. Jurors today are far more sophisticated and better educated than in the past.

Our Solution

While we are satisfied that rules of evidence are necessary to maintain a reasonable degree of consistency in court procedure, the time has surely come for a reformulation on broader lines. What is needed are easily available, clear and flexible rules. As in the case of any rules of procedure, a measure of discretion must be given the presiding officer—here the judge—to apply them in a reasonable manner. One cannot provide for every eventuality that can arise without getting lost in the thicket.

We are not, of course, recommending a clear break with the past. Indeed what we are proposing is a distillation of the experience of the past so that it can be rationally used. Many of the existing rules are sound and well-tested, and have the advantage of being familiar to the profession. We would retain these. Some, though generally sound, have simply become too detailed and complex for easy accessibility and application. We would reformulate these on broader lines. Others are partially anchored in past situations that have changed. We would modify these to meet new conditions. And finally there are rules that are based on situations that have been entirely superseded, and others that were the result of blunders in the first place. We would repeal these.

Fortunately we are not without guidance in this endeavour. Much of the work has already been done for us in the United States. There, some of the greatest names in evidence law have laboured for many years to rationalize this branch of the law. The end result has been the production of codes and uniform rules, the influence of which is increasingly felt not only in the United States but in other countries as well.

In devising our own code of evidence we have relied on American experience, but we have not slavishly followed it. Our Evidence Project worked for several years in studying our own laws and seeing how they might best be rationalized. The Project's work was submitted for comment to the profession which did so both in public and private meetings and in written communications with the Commission. These were then reviewed by a task force within the Commission before being submitted to the Commission. We agonized over each individual rule, and we attempted to adapt them to the Canadian setting.

The Nature of the Rules

We can now turn to a brief general discussion of the rules we propose. The purpose of the code is set forth in the first section. It is that the truth be ascertained and judicial proceedings justly determined without unjustifiable expense and delay, while protecting other important social interests. To that end the basic rules of the common law are subjected to rational simplification, in clear, orderly and flexible rules. These, by section 2, are to be liberally interpreted, and the rule that statutes in derogation of the common law are to be strictly construed is not to apply to the code. The comprehensiveness of this approach is assured by the provision in section 3 that any matters of evidence not provided for in the rules shall be interpreted in the light of reason and experience so as to secure the purpose of the code. This section makes the rules a code; it replaces the common law.

The general approach of the rules can be demonstrated by reference to the cardinal principles regarding the admissibility of evidence set forth in sections 4 and 5. The first provides that all relevant evidence is admissible, unless expressly excluded by some other rule or statute. The second gives the judge a discretion to

exclude evidence where its probative value is substantially outweighed by the probability that its admission will necessitate undue consumption of time or cause undue prejudice, confuse the issues, or mislead the jury.

Section 4 substantially reflects the basic postulate of existing evidence law: that all relevant evidence is admissible unless excluded on some ground of policy. But this postulate is now so buried in a myriad of precedents that it can hardly be perceived. Indeed, the present law of evidence resembles nothing so much as a confused and multifaceted attempt to exclude relevant evidence. Section 4 not only sets forth the basic principle. In one stroke it abolishes all rules excluding evidence unless they are reinserted in the code. And this is done only on the basis of some rational policy. Section 4 performs yet another function. It properly recognizes that relevant evidence is a matter of logic and good sense. Particular cases can be looked at for the light they can shed, but they do not constitute an impediment to experienced judgment.

Section 5 is the major rule excluding evidence, and is illustrative of the rational foundation of the various other rules excluding evidence. Judges have always exercised discretion to keep out evidence when it was unduly time consuming, or excessively prejudicial to a party, or misleading or confusing. This is necessary if proceedings are to be fair and be concluded within a reasonable period of time. What the section does is to state a principle of general application to replace a common law rule that had been widely applied to specific situations. Like section 4 it does away with senseless, time consuming and expensive digging for precedents.

Section 5 also belies the criticism that codification makes for rigidity. What it provides is flexibility within the rule by giving the judge adequate discretion. Not an open-ended discretion but a judicial discretion, one to be exercised on the basis of principle. Thus he may reject evidence the probative value of which is slight —it must be *substantially* outweighed by the danger of undue consumption of time, or of confusion, and so on. This clarity in the limit and scope of judicial discretion is hardly characteristic of common law evidence.

The policy grounds supporting section 5—avoidance of the danger of unnecessary delay, of confusion, or of misleading the jury—are largely concerned with the hearing itself. More specific rules excluding evidence are supported by similar considerations—for example, those regarding character and hearsay.

But judicial proceedings do not exist in a vacuum. The desirability of obtaining the truth in judicial proceedings is sometimes outweighed by other considerations. Many of the rules are grounded in such extrinsic policy considerations. This is true of most of the privileges, for example, the privilege against self-incrimination and of state secrets. These and others provide for the exclusion of relevant evidence on the ground that the policies they subserve outweigh the public interest in the administration of justice. Our tendency throughout, however, has been to seek clear justification for the exclusion of evidence that would assist in arriving at the truth. Occasionally the weighing of competing values cannot be done in the abstract. Here again we have given the judge a discretion but indicated the considerations to be weighed in exercising that discretion.

The foregoing discussion of the most basic principles of evidence illustrates the general structure of the code. The various parts set forth general principles, followed by specific exceptions, so that the law may be readily understood. These general rules rid us of all unnecessary common law rules. Not surprisingly, however, we have retained many of the common law rules, for many of these have well withstood the test of time. To these we have attempted to give better order and clarity of form. But we have not hesitated to excise useless growths and unnecessary complexities that have been added over the years. Each rule has been considered on the basis of reason, experience and practicality.

But we could not rid ourselves of all the unnecessary particularities of the past in one stroke. Take hearsay. It will be easier under the code to escape what has been called the "hearsay maze", but we are confident that greater simplification can be made as lawyers become satisfied that triers of fact will give hearsay only such weight as it deserves. There are, as well, a number of provisions that are not, strictly speaking, necessary. In a few cases we thought it wise expressly to dispatch a few especially virile

dragons that clutter the legal landscape. Among these are the rule in *Hodge's* case and the rules governing corroboration which we have buried at the end of the code. We took a similar approach to others that appear to have died a natural death at common law, such as the ultimate issue rule whose shade (in common with other dubious rules) tends to be fitfully raised when all other hope of winning a case appears to have vanished. Sections of this kind could in a future revision be done away with—and forgotten.

A Word on Drafting

We also attempted to improve the way the rules were expressed to conform with the view of the Commission that laws should be stated as simply as possible. In this we have been influenced by Seneca's admonition that "A law should be brief in order that the unlearned may grasp it more easily." One might add that brevity and clarity are qualities from which the learned may also benefit. In any event, we are deeply conscious that laws—even the law of evidence—are not the sole possession of the lawyers, but belong to the people.

In attempting to give clarity of form we have occasionally departed from traditional ways of drafting. Thus, rather than confront the reader at the outset with a long list of definitions that can only be fully understood when the whole document has been mastered, we have tended to define matters in context (preceding a matter when necessary to an understanding of what follows; following it when the definition simply provides additional insights). We realize that the other method has the advantage of having the definitions where the informed reader knows they will be found. But the application of the definitions does not make this imperative in the code, and in any event the better way of getting the best of both worlds may well be to have the laws adequately indexed.

To further assist understanding we have added comments to the various rules. These we hope will be helpful not only to persons learned in the law but to other concerned citizens. We think the publication of at least the more important statutes with explanatory notes of this kind would be a useful way to promote knowledge of the law among laymen.

Bilingualism and Bijuralism

In constructing the code we have been greatly influenced by models devised in civil law jurisdictions. This seemed both natural and wise since these jurisdictions have had far more experience in this type of endeavour than those governed by the common law. At the same time we have retained the traditions of common law legislation that appeared better adapted to our needs. This is in keeping with our statutory mandate that our recommendations for reform should involve "the reflection in and by the law of the distinctive concepts and institutions of the common law and civil law legal systems in Canada, and the reconciliation of differences and discrepancies in the expression and application of the law arising out of differences in those concepts and institutions."

We have as well not confined ourselves to a slavish word for word reproduction in the English and French versions. Rather we have attempted to render the substance of each rule in terms and in a form appropriate to each language, although we have conformed to a common organization and structure for obvious reasons of convenience. To facilitate this endeavour we have avoided the technique of breaking up sections into paragraphs, except in the case of long or complicated enumerations. Whatever advantage this technique may have is more than outweighed in a bilingual country by the fact that this tends to cast one of the versions in a mould created for the other language. The marginal increase in clarity that such paragraphing yields is easily offset by that resulting from a comparison with another version expressed in accordance with the specific characteristics of the other language.

We do not think we have achieved anything like a definitive solution to the problems of statutory drafting in a country where bijural, as well as bilingual and bicultural problems must be met. Different adaptations may be required for different kinds of legislation. But we have undertaken an experiment that we hope will have seminal force.

Conclusion

We find it unnecessary further to discuss the individual rules. This is done in the comments to the code. We would also refer

those seeking more comprehensive treatment to the various study papers of the Evidence Project.

Given the detailed nature of the work, it should hardly give cause for surprise that there are minor disagreements about a few sections. These are set forth in the comments but there is a reassuring degree of unanimity on almost all of them. In any event some measure of disagreement is to be expected when one attempts to support law on grounds of rational policy, for there is often much to be said on both sides of any issue. Such debate, however, is surely preferable to disputations on whether the principle of an obscure case decided in 1885 may have been modified by an equally obscure judgment of 1910.

Whatever lack of unanimity there may be about specifics, of one thing we are sure. All of us are in full agreement that the need to reform the law of evidence is long overdue. We are convinced that the only rational way of effecting this reform is by a set of rules such as those we now propose. These, no doubt, will require adjustment in the light of experience as time goes on, but this can readily be done if one starts with a coherent structure. We do not regard as particularly progressive any reform that tends to add still more patches to the outlandish patchwork quilt we call the law of evidence.

EVIDENCE CODE

CONTENTS

	Sections
TITLE I — GENERAL PRINCIPLES	1— 5
PART I — PURPOSE AND CONSTRUCTION	1— 3
PART II — GENERAL RULES	4— 5
TITLE II — DECISION-MAKING POWERS RESPECTING EVIDENCE	6—11
TITLE III — BURDENS OF PROOF AND PRESUMPTIONS	12—14
PART I — BURDENS OF PROOF	12—13
PART II — PRESUMPTIONS	14
TITLE IV — SPECIFIC RULES RESPECTING ADMISSIBILITY	15—48
PART I — EXCLUSIONARY RULES	15—45
Exclusion Because of Manner Evidence Obtained	15—16
Exclusion of Certain Circumstantial Evidence	17—45
Character and Disposition	17—20
Preventive Actions	21—23
Compromises	24—26
Hearsay	27—31
Privileges	32—45
General	32—37
Particular Privileges	38—45
PART II — AUTHENTICATION AND IDENTIFICATION	46—48

TITLE V — METHODS OF ESTABLISHING FACTS ..... 49—85

PART I — GENERAL 49

PART II — WITNESSES ..... 50—73

General ..... 50—53

Competence and Compellability ..... 54—57

Manner of Questioning Witnesses ..... 58—61

Credibility ..... 62—66

Opinion and Expert Evidence ..... 67—73

PART III — REAL EVIDENCE ..... 74—81

General 74

Proof of Contents of Writings, Recordings and Photographs ..... 75—81

PART IV — JUDICIAL NOTICE ..... 82—85

TITLE VI — APPLICATION ..... 86—87

TITLE VII — ABROGATION AND REPEAL ..... 88—89

TITLE I

GENERAL PRINCIPLES

PART I PURPOSE AND CONSTRUCTION

51 **1.** The purpose of this Code is to establish rules of evidence to help secure the just determination of proceedings, and to that end to assist in the ascertainment of the facts in issue, in the elimination of unjustifiable expense and delay, and in the protection of other important social interests. **Purpose**

51 **2.** This Code shall be liberally construed to secure its purpose and is not subject to the rule that statutes in derogation of the common law shall be strictly construed. **Construction**

51 **3.** Matters of evidence not provided for by this Code shall be determined in the light of reason and experience so as to secure the purpose of this Code. **Unprovided matters**

PART II GENERAL RULES

52 **4.** (1) All relevant evidence is admissible except as provided in this Code or any other Act. **Relevant evidence generally admissible**

52 (2) "Relevant evidence" means evidence that has any tendency in reason to prove a fact in issue in a proceeding. **"Relevant evidence" defined**

52 **5.** Evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of undue prejudice, confusing the issues, misleading the jury, or undue consumption of time. **Exclusion on grounds of prejudice, confusion, waste of time**

TITLE II

DECISION-MAKING POWERS RESPECTING EVIDENCE

53 **6.** The trier of the facts in issue is the jury if one is empanelled; otherwise the judge is the trier of fact. **Trier of fact**

Questions of admissibility generally

7. (1) Subject to this section, the judge shall determine the existence of the following preliminary facts, namely, facts upon which depend the admissibility of evidence, the competence and compellability of a person to be a witness, and the existence of a privilege. 53

Relevancy conditioned on fact

(2) Where the relevancy of evidence depends upon the existence of a preliminary fact, the judge shall admit it upon, or subject to the introduction of evidence sufficient to support a finding of the existence of that fact. 54

Where fact is in issue

(3) Where a preliminary fact is also a fact in issue in the proceedings, it is for the trier of fact to determine. 54

Exclusion of jury when determining certain preliminary facts

(4) The determination of preliminary facts shall be conducted out of the hearing of the jury in the following situations: 55

Evidence bringing justice administration in disrepute

(*a*) in determining whether evidence should be excluded on the ground that it was obtained under such circumstances that its use in the proceedings would tend to bring the administration of justice into disrepute; 55

Statements to persons in authority

(*b*) in determining whether a statement should be excluded on the ground that it was made to a person in authority under circumstances likely to render it unreliable; 55

When accused requests it

(*c*) when the accused is a witness and requests the exclusion of the jury; and 55

When justice requires it

(*d*) whenever the interests of justice so require. 55

Testimony by accused

(5) An accused does not by testifying for the purpose of determining a preliminary fact subject himself to cross-examination on other issues, and if the hearing is one described in paragraph (4)(*a*) or (4)(*b*) to determine the admissibility of a statement made by the accused, the prosecution shall 55

not ask the accused whether the statement was true or false.

55 **8.** When evidence is admissible as to one party or for one purpose and is inadmissible as to another party or purpose, the judge shall restrict the use of the evidence to its proper scope and instruct the jury accordingly. Limited admissibility

56 **9.** When evidence of an act, statement or writing or part thereof is introduced by a party, he may be required at that time to introduce evidence of any other part or of any other act, statement or writing that ought in fairness to be considered contemporaneously with it. Remaining and related writings, etc.

56 **10.** After the close of the evidence and arguments of counsel, the judge shall when there is a jury fairly and impartially sum up the evidence and relate it to the essential questions in issue; he may also comment to the jury upon the weight of the evidence and the credibility of the witnesses if he also instructs the jury that these matters are for them to determine and that they are not bound by the judge's factual summation or comment. Summing up and comment by judge

56 **11.** (1) No judgment shall be set aside on appeal by reason of the erroneous admission or exclusion of evidence unless the error resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice, and in the case of an erroneous exclusion of evidence, its substance and relevance were made known to the judge or were apparent from the context of the questions asked. Effect of erroneous ruling

56 (2) In determining whether an erroneous admission of evidence resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice, the appeal court shall consider whether a timely and specific objection to the admissibility of the evidence was made. Matters to be considered in determination

TITLE III

BURDENS OF PROOF AND PRESUMPTIONS

PART I BURDENS OF PROOF

"Burden of persuasion"

12. (1) "Burden of persuasion" means the obligation of a party to persuade the trier of fact of the existence of a fact in issue. 57

Civil proceedings

(2) In civil proceedings, except as otherwise provided by law, a party has the burden of persuasion as to each fact the existence of which is essential to the claim or defence he is asserting, and this burden is discharged if the trier of fact is satisfied of the existence of such fact on evidence sufficient to establish that the existence of the fact is more probable than its non-existence. 57

Criminal proceedings

(3) Except as provided in this section, in criminal proceedings the burden of persuasion is on the prosecution, and this burden is discharged if the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of each element of the offence and of the non-existence of any defence, excuse or justification. 58

Defence, excuse or justification

(4) The prosecution does not have the burden of persuasion with respect to the non-existence of a defence, excuse or justification unless there is evidence in the case sufficient to raise a reasonable doubt on the issue. 58

When burden on accused

(5) When an Act expressly provides that the accused has the burden of persuasion with respect to a defence, excuse or justification to a criminal offence, that burden is discharged if the trier of fact is satisfied that the existence of the defence, excuse or justification is more probable than its non-existence. 59

"Burden of producing evidence"

13. (1) "Burden of producing evidence" means the obligation of a party to introduce 59

sufficient evidence of a fact to warrant the trier of fact to consider it.

59 (2) In civil proceedings the burden of producing evidence is discharged if the judge finds that on the evidence introduced a reasonable man could be satisfied that the existence of the fact in issue is more probable than its non-existence. Civil proceedings

59 (3) In criminal proceedings the prosecution's burden of producing evidence is discharged if the judge finds that on the evidence introduced a reasonable man could be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused is guilty. Criminal proceedings

59 (4) Where an Act expressly provides that the accused has the burden of persuasion with respect to a defence, excuse or justification to a criminal offence, the accused also has the burden of producing evidence in this respect, and the latter burden is discharged if the judge finds that on the evidence introduced a reasonable man could be satisfied that the existence of the defence, excuse or justification is more probable than its non-existence. Defence, excuse or justification

PART II PRESUMPTIONS

60 **14.** (1) "Presumption" means an assumption of fact that the law requires to be made from another fact or group of facts found or otherwise established in the proceedings. "Presumption"

61 (2) In civil proceedings a presumption imposes upon the party against whom it operates the obligation of satisfying the trier of fact that the non-existence of the presumed fact is more probable than its existence, unless the presumption is conclusive under the rule of law from which it arises. Effect in civil cases

61 (3) In criminal proceedings a presumption operates against the accused as to a fact that is essential to guilt only if the facts that Effect in criminal cases

give rise to the presumption are found to exist or are otherwise established beyond a reasonable doubt, and such presumption may be rebutted by evidence sufficient to raise a reasonable doubt as to the existence of the presumed fact.

Conflicting presumptions

(4) Where two presumptions conflict the presumption founded on the weightier considerations of policy and logic shall apply, and if there is no such preponderance both presumptions shall be disregarded. 61

TITLE IV

SPECIFIC RULES RESPECTING ADMISSIBILITY

PART I EXCLUSIONARY RULES

Exclusion Because of Manner Evidence Obtained

Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute

15. (1) Evidence shall be excluded if it was obtained under such circumstances that its use in the proceedings would tend to bring the administration of justice into disrepute. 61

Matters to be considered in determination

(2) In determining whether evidence should be excluded under this section, all the circumstances surrounding the proceedings and the manner in which the evidence was obtained shall be considered, including the extent to which human dignity and social values were breached in obtaining the evidence, the seriousness of the case, the importance of the evidence, whether any harm to an accused or others was inflicted wilfully or not, and whether there were circumstances justifying the action, such as a situation of urgency requiring action to prevent the destruction or loss of evidence. 62

Statements to persons in authority

16. (1) A statement made by the accused to a person in authority is inadmissible if 62

tendered by the prosecution in a criminal proceeding, unless the judge is satisfied beyond a reasonable doubt that the statement was not made under circumstances (including the presence of threats or promises) that were likely to render the statement unreliable, or unless the accused personally or through his counsel agrees to its admission.

63 (2) Nothing in this section affects the admissibility of evidence other than a statement of the accused, including evidence of any fact discovered as a result of such statement or that such facts were discovered as a result of the statement.

Facts found as a result of statement admissible

Exclusion of Certain Circumstantial Evidence

Character and Disposition

63 **17.** (1) In criminal proceedings, evidence tendered by the prosecution of a trait of character of the accused that is relevant solely to the disposition of the accused to act or fail to act in a particular manner is inadmissible, unless the accused has offered evidence relevant to a trait of his character or to a trait of the character of the victim of the offence.

Evidence of accused's character to show disposition: when not admissible

63 (2) In criminal proceedings, evidence of a trait of the character of the victim of a sexual offence that is relevant solely to the disposition of the victim to act or fail to act in a particular manner is inadmissible, unless the judge at a hearing in camera is satisfied that the admission of such evidence is necessary for a fair determination of the issue of guilt or innocence.

Evidence of victim's character in sexual cases to show disposition: when not admissible

65 **18.** Nothing in section 17 prohibits the admission of evidence that a person committed a crime, civil wrong or other act when relevant to prove some fact other than his

Similar facts rule

disposition to commit such act, such as evidence to prove absence of mistake or accident, motive, opportunity, intent, preparation, plan, knowledge or identity.

Habit; routine practice

19. Nothing in section 17 prohibits the admission of evidence of habit or routine practice to prove conduct in conformity with the habit or routine practice on a particular occasion. 66

Manner of giving character evidence

20. Evidence of a trait of a person's character may be given in the form of opinion, evidence of reputation or evidence of specific instances of conduct. 66

Preventive Actions

Subsequent remedial measures

21. Evidence of measures taken after an event, which if taken previously would have made the event less likely to occur, is inadmissible to prove negligence or culpable conduct in connection with the event, except when offered to rebut an allegation regarding the feasibility of precautionary measures. 66

Liability insurance

22. Evidence that a person was or was not insured against liability is inadmissible as tending to prove negligence or other wrongdoing unless the probative value of such evidence substantially outweighs the danger of undue prejudice. 67

Payment of medical and similar expenses

23. Evidence that a person has furnished or offered or promised to pay medical, hospital or similar expenses occasioned by an injury is inadmissible to prove liability for the injury. 67

Compromises

Attempted compromises and negotiations

24. Evidence of attempts to compromise a disputed claim or of conduct or statements made in compromise negotiations is inadmissible to prove liability for, or invalidity of the claim or its amount, but nothing in this 67

section prevents the use of such evidence for another purpose, such as proving bias or prejudice of a witness, negativing a contention of undue delay, or proving an effort to obstruct a criminal investigation or prosecution.

68 **25.** Evidence of a plea of guilty, later withdrawn, or of an offer to plead guilty to a crime, or of statements made in connection with any such plea or offer, are inadmissible against the person who made the plea or offer for the purpose of determining guilt. Guilty pleas and offers

68 **26.** A statement made in the course of an attempt to reach a pre-trial settlement of a criminal complaint is inadmissible against the accused in a criminal proceeding in which the accused is charged with having committed an act constituting the subject matter of the attempted settlement. Pre-trial settlement of criminal complaint

Hearsay

68 **27.** (1) Hearsay evidence is inadmissible except as provided in this Code or any other Act. Hearsay rule

68 (2) In this Code Definitions

(*a*) "hearsay" means a statement, other than one made by a person while testifying at a proceeding, that is offered in evidence to prove the truth of the statement; and "Hearsay"

68 (*b*) "statement" means an oral or written assertion or non-verbal conduct of a person intended by him as an assertion. "Statement"

70 **28.** A statement previously made by a witness is not excluded by section 27 if the statement would be admissible if made by him while testifying as a witness. Exception: previous statement by witness

70 **29.** (1) A statement made by a person who is unavailable as a witness is not excluded by section 27 if the statement would be Exception: statement of person unavailable as witness

admissible if made by the person while testifying as a witness.

"Unavailable as a witness" defined

(2) "Unavailable as a witness" includes situations where a person who made a statement 71

Dead or unfit

(*a*) is dead or unfit by reason of his bodily or mental condition to attend as a witness; 71

Attendance cannot be obtained

(*b*) is absent from the proceeding and the proponent of his statement has been unable to procure his attendance by process or other reasonable means; 71

Refuses to testify

(*c*) persists in refusing to testify concerning the subject matter of his statement despite an order of the judge to do so; 71

Unable to remember

(*d*) testifies to a lack of memory of the subject matter of the statement; or 71

Cost and trouble of attendance not warranted

(*e*) is absent from the proceeding and the importance of the issue or the added reliability of his testimony in court does not justify the expense or inconvenience of procuring his attendance or deposition. 71

When proponent procures unavailability

(3) A statement is not admissible under this section if the unavailability of the person who made it was brought about by the proponent of the statement for the purpose of preventing the person from attending or testifying. 71

Notice required before tendering evidence

(4) A statement is not admissible under this section unless the party seeking to give it in evidence has within a reasonable time given notice to every other party of his intention to do so with particulars of the statement and the reason why the person is unavailable as a witness. 71

Exception: statements against party

30. The following statements are not excluded by section 27 when offered against a party: 71

72 (*a*) a statement made, authorized, adopted or agreed to by the party; — Party's statement

72 (*b*) a statement by the party's agent or servant concerning a matter within the scope of his agency or employment and made during the continuation of that relationship; — Agent

72 (*c*) a statement regarding title by a predecessor in title or other person in privity of title with the party; and — Person in privity of title

72 (*d*) a statement by a person engaged with the party in common enterprise made in pursuance of their common purpose. — Person in common enterprise

31. The following are not excluded by section 27: — Other exceptions

72 (*a*) a record of a fact or opinion, if the record was made in the course of a regularly conducted activity at or near the time the fact occurred or existed or the opinion was formed, or at a subsequent time if compiled from a record so made at or near such time; — Statements made in course of regularly conducted activities

73 (*b*) records, reports or statements of public offices or agencies, setting forth the activities of the office or agency, matters observed pursuant to a duty imposed by law, or in civil cases and against the prosecution in criminal cases, factual findings resulting from an investigation made pursuant to authority granted by law; — Public records and reports

74 (*c*) records or data compilations of vital statistics if the report thereof was made to a public office pursuant to requirements of law; — Records of vital statistics

74 (*d*) evidence that a matter is not included in a record made in the course of a regularly conducted activity, to prove the non-occurrence or non-existence of the — Absence of record or entry

matter if it was of a kind of which such a record was regularly made or preserved;

Marriage, baptismal and similar certificates

(*e*) statements of fact contained in a certificate that the maker performed a marriage or other ceremony or administered a sacrament, made by a clergyman, public official or other person authorized by the rules or practices of a religious organization or by law to perform the act certified, and purporting to have been issued at the time of the act or within a reasonable time thereafter; 75

Ancient documents

(*f*) statements in a document in existence twenty years or more; 75

Market reports

(*g*) market quotations, tabulations, lists, directories or other compilations generally used and relied upon by the public or by persons in particular occupations; 75

Judgment of previous conviction

(*h*) evidence of a final judgment adjudging a person guilty of a crime, to prove any fact essential to sustain the judgment, except when tendered by the prosecution in a criminal proceeding against anyone other than the person adjudged guilty; 75

General reputation

(*i*) reputation of a person's character arising before the controversy among those with whom he associates or in the community; 76

Reputation re personal or family history

(*j*) reputation among members of a person's family by blood, adoption or marriage, or among his associates, or in the community, concerning a fact of his personal or family history, such as birth, death or relationship; 76

Reputation re boundaries

(*k*) reputation in a community, arising before the controversy, as to boundaries or of customs affecting lands in the community; and 76

Reputation re general history

(*l*) reputation as to events of general history important to the community, province or country where they occurred. 76

Privileges

General

77 **32.** Except as provided in this Code or any other Act, no person has a privilege to refuse to disclose any matter, to refuse to produce any object or writing, or to prevent another from being a witness or disclosing any matter or producing any object or writing. — No privilege except as recognized

77 **33.** A person who under this Code has a privilege against disclosure of a matter may refuse to disclose or prevent any other person from disclosing the matter. — What privilege includes

77 **34.** A person who has a privilege waives it if he or any other person while holder of the privilege voluntarily discloses or consents to the disclosure of any significant part of the privileged matter, unless such disclosure was itself privileged. — Waiver by voluntary disclosure

77 **35.** Privileged matter erroneously compelled to be disclosed or disclosed without opportunity to claim the privilege is inadmissible against the holder of the privilege. — Privileged matter disclosed under compulsion, etc.

78 **36.** A claim of privilege, whether in present proceedings or upon a prior occasion, is not a proper subject of comment by judge or counsel, and no inference may be drawn therefrom. — Comment on or inference from claim of privilege

78 **37.** Only the holder of a privilege may, on appeal, allege error on a ruling disallowing a claim of privilege. — Effect of error in ruling on privilege

Particular Privileges

78 **38.** An accused in a criminal proceeding who has testified in a prior proceeding (other than a preliminary hearing in respect o the matter with which he is accused) has a privilege to prevent such testimony from being — Self-incrimination

used against him, unless such criminal proceeding is a prosecution for perjury in giving the testimony.

Person disclosing under provincial law privileged

39. (1) A person who is required by the law of a province to make a return or report has a privilege against disclosure of its contents in proceedings governed by this Code to the extent that the law of the province provides for such a privilege in proceedings governed by provincial law. 79

Officer to whom report made: privilege

(2) A public officer to whom a return or report is required to be made by the law of a province has a privilege against disclosure of the return or report or its contents in proceedings governed by this Code to the extent that the law requiring it to be made provides for such a privilege in proceedings governed by provincial law. 79

Exception

(3) This section does not apply to proceedings involving false statements or fraud in the return or report. 79

Marital or family privilege

40. A person has a privilege against disclosure of any confidential communication between himself and a person who is related to him by family or similar ties if, having regard to the nature of the relationship, the probable probative value of the evidence and the importance of the question in issue, the need for the person's testimony is outweighed by the public interest in privacy, the possible disruption of the relationship or the harshness of compelling disclosure of the communication. 79

General professional privilege

41. A person who has consulted a person exercising a profession for the purpose of obtaining professional services, or who has been rendered such services by a professional person, has a privilege against disclosure of any confidential communication reasonably made in the course of the relationship if, in the 80

circumstances, the public interest in the privacy of the relationship outweighs the public interest in the administration of justice.

81 **42.** (1) A person who in contemplation of litigation has consulted a lawyer for the purpose of obtaining legal services has a privilege against disclosure of any confidential communication made with a view to giving or receiving such services. Lawyer-client privilege

81 (2) A person has a privilege against disclosure of information obtained or work produced in contemplation of litigation by him or his lawyer or a person employed to assist the lawyer, unless, in the case of information, it is not reasonably available from another source and its probative value substantially outweighs the disadvantages that would be caused by its disclosure. Privilege re preparatory work

81 (3) A privilege under this section may be claimed by the holder of the privilege in person or by his lawyer, or if incompetent by his guardian or committee, or if deceased by his personal representative, or the successor, trustee, or similar representative of a corporation, association, or other organization, whether or not in existence. Who may claim

82 (4) There is no privilege under this section: Exceptions

82 (*a*) if the purpose of seeking the legal services or producing the work or obtaining the information was to enable or aid anyone to commit or plan to commit what the person claiming to hold the privilege knew or reasonably should have known to be a crime or tort; Crime or tort

82 (*b*) as to a communication relevant to an issue between parties who claim through the same deceased client of a lawyer, regardless of whether the claims are by testate or intestate succession or by *inter vivos* transaction; Claimants through deceased

Breach of duty by lawyer or client

(*c*) as to a communication relevant to an issue of breach of duty by the lawyer to his client or by the client to his lawyer; 82

Document attested by lawyer

(*d*) as to a communication relevant to an issue concerning an attested document to which the lawyer is an attesting witness; or 82

Joint clients

(*e*) as to a communication relevant to a matter of common interest between two or more clients, that was made by any of them to a lawyer retained or consulted in common, when offered in a proceeding between any of the clients. 82

"Lawyer"

(5) In this section "lawyer" includes a person reasonably believed by the client to be authorized to practice law, and in the Province of Quebec includes a notary. 82

(6) A privilege under this section may be claimed in addition to the privilege under section 41. 82

Definitions

43. (1) In this section

"Official information"

(*a*) "official information" means confidential government information the disclosure of which would be injurious to the public interest; and 82

"State secret"

(*b*) "state secret" means confidential government information that relates to national defence or security, the international relations of Canada, federal-provincial relations, or matters of confidence of the Queen's Privy Council for Canada. 82

Crown privilege

(2) The Crown in right of Canada has a privilege, which may be claimed by a Minister of the Crown, against disclosure of any official information or state secret unless the public interest in preserving the confidentiality of the information is outweighed by the public interest in the proper administration of justice. 82

82 (3) Where the Crown claims a privilege for a state secret the judge may, in lieu of determining the claim himself, and shall at the request of a party or the Crown, stay the proceedings and refer the claim to the Chief Justice of Canada, who shall designate a judge of the Supreme Court of Canada to determine the matter. Reference of claim to Chief Justice of Canada

82 (4) In ruling on a claim of privilege under this section a judge may require the Crown to disclose the information in chambers out of the presence and hearing of all persons except the person authorized to claim the privilege and such other persons as the person so authorized is willing to have present. Procedure

82 (5) Where a judge orders disclosure of information under this section he may do so subject to such restrictions or conditions as he deems appropriate. Restrictions on disclosure

82 (6) A claim of privilege under this section may be made in any proceedings, whether governed by the law of Canada or a province. Application

83 **44.** (1) The Crown has a privilege against disclosure of the identity of a person who has furnished information purporting to disclose a violation of any law of Canada or any province to a person charged with the duty of enforcing that law, unless in the circumstances the interests in maintaining the secrecy of the information are outweighed by the interest in arriving at a fair determination of the issues. Identity of informer

83 (2) The privilege under this section may be claimed by any person, but may be waived by a person charged with the duty of enforcing the law in question. Who may claim privilege

83 **45.** (1) A person has a privilege, which may be claimed by him or his agent or employee, against disclosure of a trade secret held by him, if the allowance of the privilege Trade secrets

will not tend to conceal fraud or otherwise work injustice.

(2) When disclosure of a trade secret is directed, the judge shall take such protective measures as the interests of the holder of the privilege and of the parties and the furtherance of justice may require. 83

PART II

AUTHENTICATION AND IDENTIFICATION

General

46. When the relevancy of evidence depends upon its authenticity or identity, the requirement of authentication or identification is satisfied by evidence sufficient to support a finding that the matter in question is what its proponent claims. 83

Self-authentication

47. (1) The following are presumed to be authentic: 84

Public document under seal

(*a*) a document bearing a seal purporting to be a seal mentioned in the *Seals Act*, or the seal of a province, or of a political subdivision, department, officer, or agency of Canada or a province, and a signature purporting to be an attestation or execution; 85

Certified public document

(*b*) a document purporting to bear the signature in his official capacity of an officer or employee of any entity described in paragraph (*a*) having no seal, if a public officer having a seal and having official duties in the political subdivision of the officer or employee certifies under seal that the signer has the official capacity and that the signature is genuine; 85

Certified copies of public records

(*c*) a copy of an official record or report or entry therein, or of a document authorized by law to be recorded or filed in a public office, including data compilations, certified as correct by the 85

custodian or other person authorized to make a certification that complies with paragraph (*a*), (*b*), or (*h*) or any Act of Canada or any province or a rule of court;

85 (*d*) any publication purporting to be issued by public authority; — Official publications

85 (*e*) printed materials purporting to be newspapers or periodicals; — Newspapers and periodicals

85 (*f*) inscriptions, signs, tags or labels purporting to have been affixed in the course of business and indicating ownership, control, or origin; — Trade inscriptions, etc.

85 (*g*) documents accompanied by a certificate of acknowledgement under the hand and seal of a person authorized by law to take acknowledgments; — Acknowledged documents

85 (*h*) a document purporting to be executed or attested in his official capacity by a person authorized by the laws of a foreign country to make the execution or attestation, and accompanied by a certification by a person described in subsection (2) as to the genuineness of the signature and official position of the executing or attesting person or of any foreign official whose certificate of genuineness of signature and official position relates to the execution or attestation; and — Foreign public documents

85 (*i*) any matter declared by any Act to be presumptively or *prima facie* genuine or authentic. — Other statutes

85 (2) A certification under paragraph (1)(*h*) may be made by a diplomatic or consular official of Canada or by a diplomatic or consular official of the foreign country who is assigned or accredited to Canada. — Who may certify foreign documents

85 (3) If reasonable opportunity has been given to all parties to investigate the authenticity and accuracy of a document described — Judge's discretion to dispense with certificate to foreign document

in paragraph (1)(*h*), the judge may, for good cause shown, order that it be treated as presumptively authentic without certification, or permit it to be evidenced by an attested summary with or without certification.

Subscribing witness' testimony unnecessary: exception

48. The testimony of a subscribing witness is not necessary to authenticate a writing unless required by the laws of the jurisdiction whose laws govern the validity of the writing. 86

TITLE V

METHODS OF ESTABLISHING FACTS

PART I GENERAL

How facts established

49. Facts may be proved by the testimony of witnesses or real evidence, or they may be admitted by the parties, or be inferred, presumed or judicially noticed. 86

PART II WITNESSES

General

Affirmation

50. Before testifying, every witness shall affirm: 86

"I promise to tell the truth. I am aware that if I tell a lie or wilfully mislead the court I am liable to be prosecuted."

Instructions by judge

51. The judge may give instructions to any witness whenever he considers it advisable to ensure that the witness understands the obligation to tell the truth. 87

Witnesses must have personal knowledge

52. A witness other than an expert witness may not testify to a matter unless sufficient evidence is introduced to support a finding that he has personal knowledge of the matter, and such evidence may be given by the witness himself or otherwise. 88

88 **53.** A person who serves as an interpreter or translator is subject to all the provisions of this Code relating to witnesses, except that, instead of promising in his affirmation to tell the truth, he shall promise to make a true interpretation or translation. Interpreters and translators

Competence and Compellability

88 **54.** Every person is competent and compellable to testify to any matter, except as provided in this Part or any other Act. General rule of compellability

88 **55.** (1) The presiding judge and a member of a jury sworn and empanelled in a trial may not testify at that trial. Incompetency of judge and juror

88 (2) A person who was a member of a jury may not give evidence in a proceeding to inquire into the validity of the verdict of that jury. Verdict not impeachable

89 **56.** The accused in a criminal proceeding cannot be compelled to be a witness, but the judge, prosecutor and defence counsel may comment on his failure to testify and the trier of fact may draw all reasonable inferences therefrom. Accused not compellable, but comment permitted

89 **57.** In a criminal proceeding, a person who is related to the accused by family or similar ties is not compellable to be a witness for the prosecution if, having regard to the nature of the relationship, the probable probative value of the evidence and the seriousness of the offence charged, the need for a person's testimony is outweighed by the possible disruption of the relationship or the harshness of compelling the person to testify. Marital, family, etc. exception

Manner of Questioning Witnesses

90 **58.** (1) Subject to this section, the parties to a proceeding have the responsibility of presenting the evidence and examining the witnesses. Parties' responsibility

Control by judge

(2) The judge shall exercise reasonable control over the presentation of evidence and the examination of witnesses so as to make them effective for the ascertainment of the truth, to avoid needless consumption of time, and to protect witnesses from harassment or undue embarrassment. 90

Examination by judge

(3) The judge may exceptionally call, recall or examine a witness to clarify or elicit evidence if this appears essential to the just determination of the proceedings. 90

Leading questions of party's witness

59. (1) A party calling a witness shall not ask him leading questions unless they relate to introductory or undisputed matters or are necessary to elicit the testimony of the witness, or unless it becomes apparent that the witness desires to give only such answers as he believes will be damaging to the party's case. 90

Leading questions by adverse party

(2) A party who is examining a witness called by another party may ask him leading questions unless it becomes apparent that the witness desires to give only such answers as he believes will help the case of the party asking the questions. 91

"Leading question" defined

(3) "Leading question" means a question that suggests the answer the examining party desires. 90

Refreshing memory

60. (1) A party may put to a witness any question, or use any writing, object or other means of refreshing his memory if the witness is unable to recall fully a matter on which he is being examined and the question or other means will tend to refresh his memory rather than lead him into mistake or falsehood. 91

Adverse party's rights re matters used

(2) An adverse party is entitled to have produced at the hearing anything used by a witness, either before or while giving evidence, to refresh his memory, and to inspect it and cross-examine the witness about it, and to 92

introduce in evidence those portions that relate to the evidence given by the witness.

92 **61.** (1) The judge may, and at the request of a party shall, exclude from the courtroom any witness to prevent him from hearing the testimony of other witnesses. Exclusion of witness

92 (2) This section does not authorize the exclusion of a party to the action (and if a party is not a natural person, an officer or employee of such party designated by counsel for that party) or of a person whose presence is essential to the presentation of the case of one of the parties. Exceptions: party and person whose presence essential

92 (3) The judge may order any person not to discuss evidence that has been given in a proceeding with a witness who has not testified, but this does not apply to discussions between an accused and his counsel and in a civil action between a party and his counsel. Prohibition to discuss evidence

Credibility

92 **62.** Any party, including the party calling him, may examine a witness and introduce other relevant evidence for the purpose of attacking or supporting his credibility, except as otherwise provided in this Code. Impeaching credibility

95 **63.** Evidence of a trait of a witness' character for truthfulness or untruthfulness is inadmissible to attack or support the credibility of the witness unless it is of substantial probative value. Character for truthfulness

95 **64.** (1) Evidence of the conviction of a witness for a crime is inadmissible for the purpose of attacking his credibility if the witness has been pardoned for the crime or five years have elapsed from the day of his conviction or release from confinement for his most recent conviction of a crime, whichever is the later. Previous conviction: witnesses

Accused's character

(2) In a criminal proceeding no evidence of the accused's character, including evidence that he has been convicted of a crime, is admissible for the sole purpose of attacking his credibility as a witness, unless he has first introduced evidence admissible solely for the purpose of supporting his credibility. 95

Examination re prior statement

65. In examining a witness concerning a statement made by him on a previous occasion, the statement need not be disclosed to him except as required by the judge. 96

Opportunity to explain prior extrinsic evidence or prior statement

66. The judge may exclude extrinsic evidence relevant to the credibility of a witness, such as matters indicating bias, interest, prejudice or character or that the witness has made a prior statement that is inconsistent with any part of his testimony, unless the witness has been given an opportunity to deny or explain such matters. 97

Opinion and Expert Evidence

Opinions and inferences

67. A witness other than one testifying as an expert may not give an opinion or draw an inference unless it is based on facts perceived by him and is helpful to the witness in giving a clear statement or to the trier of fact in determining an issue. 97

Basis of opinion

68. The judge may require that a witness be examined with respect to the facts upon which he is relying before giving evidence in the form of an opinion or inference. 98

Opinion on ultimate issue

69. Testimony in the form of an opinion or inference otherwise admissible may be received in evidence notwithstanding that it embraces an ultimate issue to be decided by the trier of fact. 98

Testimony by experts

70. When scientific, technical or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine an issue, a witness qualified as an expert 98

by knowledge, skill, experience, training or education may testify thereto in the form of an opinion or otherwise.

Bases of expert opinion

71. An expert witness may base an opinion or inference on any of the following:

98 (*a*) facts perceived by him; Personal knowledge

98 (*b*) facts made known to him before the hearing, even if such facts are not admitted or admissible in evidence, so long as they are of a kind reasonably relied upon by experts in the field in forming opinions or inferences on the subject; and Reports by others

99 (*c*) facts admitted or to be admitted in evidence in the proceedings and assumed by the expert to be true for the purpose of giving the opinion or making the inference. Hypothetical questions

99 **72.** A person shall not testify as an expert unless the party who intends to adduce the evidence has given reasonable notice to all other parties and furnished at the time of that notice the name, address and qualifications of the witness, the substance of the proposed testimony and a summary of the grounds for each opinion and inference proposed to be given. Notification of intent to call expert

99 **73.** (1) The judge may, if he considers it desirable, appoint an independent expert who shall, if possible, be a person agreed upon by the parties. Court appointed expert

99 (2) The judge shall give the independent expert instructions regarding his duties, and these instructions shall, if possible, be agreed upon by the parties. Instructions by judge

99 (3) The independent expert shall inform the judge and the parties in writing of his opinion, and may thereafter be called to testify by the judge or any party and be subject to examination by each party. Manner of testifying

Compensation

(4) An independent expert is entitled to reasonable compensation in an amount to be determined by the judge, such compensation to be paid in criminal cases, from funds provided by law, and in civil cases, by the parties in such proportion and at such time as the judge directs. 99

PART III REAL EVIDENCE

General

General

74. (1) In considering any real evidence, the trier of fact may draw all reasonable inferences therefrom. 100

"Real evidence"

(2) "Real evidence" means anything submitted for examination by the trier of fact, such as writings, recordings, photographs, physical objects, sites, the physical condition of persons and visual and auditory presentations. 100

Proof of Contents of Writings, Recordings and Photographs

Best evidence rule

75. The original is required to prove the contents of a writing, recording or photograph, except as otherwise provided in this Part or by any other Act. 100

Admissibility of duplicates

76. A duplicate is admissible to the same extent as an original unless a genuine question is raised as to the authenticity of the original, or in the circumstances it would be unfair to admit the duplicate in lieu of the original. 101

Admissibility of other evidence of contents

77. The original is not required to prove the contents of a writing, recording, or photograph if 101

Originals lost or destroyed

(*a*) all originals are lost or have been destroyed, unless the proponent lost or destroyed them in bad faith; 102

Original unobtainable

(*b*) no original can be obtained by any available judicial process or procedure; 102

102 (*c*) at a time when an original was under the control of the party against whom the evidence is offered, he was put on notice by the pleadings or otherwise that the contents would be a subject of proof at the hearing, and he does not produce the original at the hearing; or — Original in possession of adverse party

102 (*d*) the writing, recording, or photograph is not closely related to a controlling issue. — Collateral matters

102 **78.** The contents of an official record or of a document recorded or filed as required by law, including data compilations, may be proved by copy, certified as correct in accordance with section 47 or testified to be correct by a witness who has compared it with the original, but if such a copy cannot be obtained by the exercise of reasonable diligence, then other evidence of the contents may be given. — Public records

102 **79.** The contents of voluminous writings, recordings or photographs that cannot conveniently be examined in court may be presented in the form of a chart, summary, or calculation, but the originals or duplicates shall be made available for examination and copying by other parties at a reasonable time and place, and the judge may order that they be produced in court. — Summaries

102 **80.** Contents of writings, recordings or photographs may be proved by the testimony or deposition of the party against whom they are offered or by his written admission, without accounting for the nonproduction of the original. — Testimony or written admission of party

81. In this Part — Definitions

103 (*a*) "duplicate" means a counterpart produced by the same impression as the original, or from the same matrix, or by means of photography, including enlargements and miniatures, or by — "Duplicate"

mechanical or electronic re-recording, or by chemical reproduction, or by other equivalent technique that accurately reproduces the original;

"Original"

(*b*) "original" when used in relation to a writing or recording means the writing or recording itself or any counterpart intended by a person executing or issuing it to have the same effect; when used in relation to a photograph includes the negative or any print therefrom; and when used in relation to data stored in a form readily accessible to a computer or similar device, includes any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately; 102

"Photograph"

(*c*) "photograph" includes still photographs, x-ray films, and motion pictures; and 102

"Writings", "recordings"

(*d*) "writings" and "recordings" mean letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation. 102

PART IV JUDICIAL NOTICE

"Judicial notice" defined

82. "Judicial notice" means use of a fact or matter not proved according to the ordinary rules governing the presentation and admission of evidence. 103

Facts generally known

83. (1) Judicial notice shall be taken of facts that are so generally known that they cannot be the subject of reasonable dispute. 103

Facts generally known in jurisdiction and facts readily determined

(2) Judicial notice may be taken of facts that are so generally known within the territorial jurisdiction of the trial court that they cannot be the subject of reasonable dispute and of facts capable of accurate and 103

ready determination by resort to sources whose accuracy respecting such facts cannot reasonably be questioned.

104 (3) Judicial notice may be taken of any fact in determining the law or the constitutional validity of a statute. Facts noticed in determining law

84. (1) Judicial notice shall be taken of:

104 (*a*) the constitutional, statute (whether public or private) and decisional law of Canada or any province; Constitutional, statutory and decisional law

104 (*b*) customary international law and treaties that apply to Canada; and Customary international law

104 (*c*) any matter published in the *Canada Gazette* or the official gazette of any province. Matters published in official gazettes

(2) Judicial notice may be taken of the following matters:

104 (*a*) statutory instruments and the official record of the proceedings of a federal, provincial or municipal body of a legislative, executive or judicial nature; and Statutory instruments

105 (*b*) the law of other countries and of their political subdivisions. Foreign law

105 (3) If the judge is unable to determine the law of another country or a political subdivision thereof, he may either apply the relevant law of Canada and the province where the court is sitting or dismiss the action. Where judge cannot determine foreign law

105 **85.** (1) Judicial notice shall be taken of a matter referred to in section 83(2) or section 84(2) if a party requests the judge to do so and gives each adverse party sufficient notice to enable him to prepare to meet the request and furnishes the judge with sufficient information to enable him to comply with it. Judicial notice on request

105 (2) In determining the propriety of taking judicial notice of a matter or in determining a matter to be judicially noticed, the judge may consult and use any source of Sources to be consulted in taking judicial notice

pertinent information, whether or not furnished by a party.

Party to be afforded opportunity to be heard re judicial notice, and source of knowledge to be revealed

(3) If the judge has been requested or proposes to take, or has taken judicial notice of a matter referred to in section 83(2) or section 84(2), he shall, if requested, afford each party reasonable opportunity to make representations regarding the matter and as to the propriety of taking judicial notice, and if the judge resorts to any source of information, including the advice of persons learned in the matter, that is not received in open court, that information and its source shall be made a part of the record in the proceedings and the judge shall, if requested, afford each party reasonable opportunity to make representations respecting the validity of that information. 105

Judge to instruct jury to take judicial notice

(4) If a matter that would otherwise have been for determination by the jury is judicially noticed, the trial judge shall instruct the jury to accept as a fact the matter so noticed. 105

When judicial notice may be taken

(5) Judicial notice may be taken at any stage of the proceedings. 106

TITLE VI

APPLICATION

General application

86. (1) This Code applies to all criminal proceedings, to all proceedings before the Federal Court of Canada, and to all proceedings before the Supreme Court of Canada other than appeals from proceedings not governed by this Code. 106

Application to preliminary facts, judicial notice, certain criminal proceedings

(2) Only sections 4 and 5 (the general rules of relevancy and exclusion) and sections 32 to 45 (the rules dealing with privileges) apply to the determination of preliminary facts under section 7(1), to the determination of the propriety of taking judicial notice or of a matter to be judicially noticed, and to criminal proceedings to determine sentence, 106

granting of a discharge, issuance of summonses and warrants, release on bail or otherwise, or granting or revoking probation.

106 **87.** Sections 4 and 5 (the general rules of relevancy and exclusion) and sections 32 to 45 (the rules dealing with privileges) apply to every investigation, inquiry, hearing arbitration or fact-finding procedure governed by the law of Canada, and in applying these rules the presiding officer shall have the powers given to the judge by this code. Application to other hearings, inquiries, etc.

TITLE VII

ABROGATION AND REPEAL

88. For greater certainty, it is hereby provided that Rule in *Hodge's case* abrogated

107 (*a*) the rule of law known as the rule in *Hodge's case* is abrogated; and

107 (*b*) every rule of law that requires the corroboration of evidence as a basis for a conviction or that requires that the jury be warned of the danger of convicting on the basis of uncorroborated evidence is abrogated. Corroboration not required

89. The following provisions are repealed: Repeal

108 (*a*) the *Canada Evidence Act*, chapter E-10 of the Revised Statutes of Canada, 1970; R.S.C., c. E-10

108 (*b*) sections 47(2), 123, 139(1), 195(3), 256(2) and 586 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970; R.S.C., c. C-34, ss. 47(2), 123, 139(1), 195(3), 256(2), 586

108 (*c*) section 41 of the *Federal Court Act*, chapter 10 (2nd Supp.) of the Revised Statutes of Canada, 1970; and C. 10, s. 41 (2nd Supp.)

108 (*d*) section 19 of the *Juvenile Delinquents Act*, chapter J-3 of the Revised Statutes of Canada, 1970. R.S., c. J-3, s. 19

COMMENTS
ON
EVIDENCE CODE

Comments on Specific Sections

TITLE I – GENERAL PRINCIPLES

PART I – PURPOSE AND CONSTRUCTION

Sections 1 and 2: These sections reflect the spirit in which the Code was drafted and set the tone for its interpretation. The rules are to be construed liberally and flexibly to promote the ends of justice and to facilitate decisions on the merits in individual cases. These sections are deliberately phrased in very broad language, their purpose being to steer the courts away from the technical and narrow common law approach to evidence. The Code will not reach its full potential unless it is interpreted in a liberal and purposive manner.

Section 3: An attempt has been made to cover all matters that are strictly evidence law, but anything that remains is by this section to be determined reasonably in the light of experience to secure the purpose of the Code. Precedent is, of course, a major source of experience and may be looked to, but it will not have binding force. The completeness of treatment made possible by this section make the rules a code. This section does not, of course, cover matters of procedure, though these may have an important impact

on evidence, for example rules of discovery and rules governing the manner in which a site may be viewed.

Part II – General Rules

Section 4: This section forms the foundation of the whole scheme of the Code. The basic axiom of any rational fact finding process must be that all information relevant in determining the issues is admissible. The section makes this the general rule, thereby abolishing all existing rules of evidence preventing relevant evidence from being presented to the court. This approach is reinforced by other provisions in the code, notably section 54, which states that as a general rule all persons are competent and compellable to testify to any matter, and section 32, which states that as a general rule no person has a privilege to prevent information from being disclosed to the court.

Other sections of the Code set forth rules for the exclusion of relevant evidence. But this is done only when strong policy reasons outweigh the interest in the admission of the evidence. If evidence is relevant and there is no rule excluding it in the Code or another Act, it is admissible in evidence.

Relevancy is a relationship between an offered item of evidence and a proposition sought to be proved. In legal proceedings the offered evidence is relevant if it tends to prove a fact in issue. The definition makes it clear that relevancy is not a legal concept. Whether the existence of one fact tends to prove the existence of another is a matter of reason based on human experience.

Section 5: A lawsuit is not an abstract scientific investigation to discover absolute truth. It is a very practical affair aimed at resolving disputes between parties within a reasonable time and at a reasonable cost. Consequently the desirability of obtaining the truth must be balanced against the need to resolve disputes expeditiously. For this reason, this section provides that relevant evidence must be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of undue consumption of time.

As well, a legal proceeding is not and cannot be a perfectly rational and dispassionate proceeding. Human beings are intimately involved, the stakes are high, passions and emotions clash, and often the trier of fact is a jury untrained in weighing evidence. For these reasons the judge must have the discretion to exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by the danger of undue prejudice, confusing the issues or misleading the jury.

Each potential danger specified in the section is well recognized at common law. Most rules of evidence are founded upon them. While judges sometimes explicitly recognize their discretion to exclude evidence because the presence of one of these dangers outweighs the probative value of the evidence, more often they justify its exclusion by calling it irrelevant. This section will permit them to be more candid in giving reasons for their rulings. It will not affect present practices to any great extent, except perhaps in those areas where we have recommended the abolition of a previously rigid common law exclusionary rule such as the collateral fact rule.

The phrase undue prejudice as used in the section means evidence that might tend to arouse emotions or otherwise cause the case to be decided on an improper basis. It does not mean, in this context, evidence that was improperly obtained; such evidence is dealt with in section 15.

TITLE II – DECISION-MAKING POWERS RESPECTING EVIDENCE

Section 6: Generally the jury, if there is one, determines the facts; the judge determines the law to be applied to the facts. In cases where the judge sits alone, he performs both functions.

Section 7: Most rules of evidence operate to exclude certain types of evidence. Thus when an objection to the admissibility of evidence is made at trial a finding whether the evidence is excluded by a particular rule must be made. This finding often entails the

determination of some fact, commonly called a preliminary fact, such as: did a lawyer-client relationship exist? — was a confession given voluntarily? — is a witness qualified to speak as an expert? — is a person whose statements are offered in evidence unavailable? — does the soiled shirt belong to the victim? This section deals with the procedure for determining these preliminary facts. Although the present law with respect to this matter is in some respects obscure, the section, with the exception of subsection (5), does not depart significantly from present practices.

Subsection (1) states the general rule. Normally, if the application of a rule of evidence depends upon a preliminary fact, the existence of that fact should be determined by the judge. This is necessary if trials are to be conducted expeditiously and if the purposes of the exclusionary rules are not to be defeated by having the jury hear the very evidence it might later have to put out of its mind. Usually the judge will be able to make a ruling on the admissibility of evidence by considering the offered evidence alone. Occasionally he may have to hold a special hearing for the purpose (a *voir dire*) and hear independent evidence. During a *voir dire* the judge is not bound by the rules of evidence, except the general rules of relevancy and exclusion (sections 4 and 5) and those respecting privilege (sections 32 to 45): see section 86(2).

The admissibility of evidence may be objected to on the ground that it is irrelevant unless some preliminary fact is also found to exist. Thus a soiled shirt might only be relevant if it is found to belong to the victim; a letter, if it is found to have been written by the plaintiff; a footprint, if it is the accused's. In such a case subsection (2) provides that the offered evidence is admissible if the judge finds there is sufficient evidence to support a finding that the preliminary fact exists: its determination is then for the jury. If the judge had to determine these preliminary facts before such evidence was admitted, he would end up usurping the jury's role as trier of fact. Since the offered evidence will be excluded only because it is not relevant, and not for policy reasons, there is little danger in permitting the jury to hear the offered evidence, even if the preliminary fact is not found to exist.

On rare occasions a preliminary fact is also an ultimate fact in issue. For example, the plaintiff in a contract case may allege that the original contract is lost and offer secondary evidence of

its contents: see section 77(*a*). The defendant may be alleging that the original never existed — that there was never any contract. Ruling on the admissibility of the secondary evidence of the alleged contract's contents necessarily involves deciding the very issue in the case, namely whether a contract existed. This is obviously a matter for determination by the trier of fact. Consequently, to prevent the usurpation of the jury's function subsection (3) provides that where a preliminary fact is also a fact in issue it is for the trier of fact to determine.

Subsection (4) provides that hearings to determine preliminary facts must be conducted out of the presence of the jury in the following circumstances: where the offered evidence might tend to bring the administration of justice into disrepute if admitted; where the evidence is a statement made to a person in authority (usually a confession); where the accused is to be a witness and requests the exclusion of the jury; and whenever the judge finds that such a course is necessary in the interests of justice. Holding such a hearing out of the presence of the jury often means that certain evidence presented at the hearing has to be presented again before the jury. But this seems necessary in the instances enumerated to prevent the jury from hearing prejudicial evidence that may be excluded as a result of the *voir dire*.

Subsection (5) provides that if the accused takes the stand on a *voir dire* for the purpose of having an out-of-court statement made by him excluded, he cannot be asked by the prosecution whether the statement is true. This change in the law is justified on the grounds that such a question usually has only slight probative value to the question in issue on a *voir dire* and seriously impairs the accused's right to silence.

Section 8: Evidence is sometimes admissible against one party to a proceeding but not against another (e.g., a confession made by one accused that cannot be used as evidence against another accused), or it may be admissible for one purpose but not another (e.g., a previous conviction admitted to impeach the credibility of the accused that cannot be used to show that the accused was a "bad man" and therefore had a propensity to commit the crime). To cover these situations this section requires that the use of the evidence be restricted to its proper scope and that the jury be

instructed of the limited purpose for which they can use it. Because of the difficulty of following such instructions, the instances where this rule will be used are rare.

Section 9: This rule in the main codifies present law. Its purpose is to prevent a party from presenting a matter out of context and thus leaving a false impression with the trier of fact that is difficult to dispel.

Section 10: The judge's fair and impartial summary of the evidence at the end of the case performs a valuable function. It puts the evidence into perspective for the jury who have often sat through a long trial, listened to unfamiliar testimony and heard the partisan arguments of counsel. The judge's comments on the weight of the evidence are also often of value to the jury. The judge has great experience in weighing evidence. If this experience is shared with the jury, whose unique fact-finding ability lies in the fact that they represent a cross-section of the community, the best results are likely to be achieved. However, it is essential in giving his comments that the judge does not lead the jury to believe they must accept his assessment of the evidence.

Section 11: This rule is directed at courts of appeal and provides for the situation where evidence was wrongfully admitted or excluded at trial. Its purpose is to eliminate frivolous appeals, to discourage the granting of a new trial for inconsequential errors, and to ensure to the extent possible that trials are conducted in such a manner that the trial judge is always informed by the adversaries of the application of the rules. In substance it codifies the present law. Subsection (1) states the general rule that the trier of fact's decision will not be upset unless the error in the admission or exclusion of evidence resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice. It also provides that no reversal for an erroneous exclusion of evidence can take place unless the court of appeal finds that the substance and relevance of the evidence was made known to the trial judge. Subsection (2) provides that in determining whether an error in the admission of evidence resulted in a reversible error, the court of appeal must consider whether a timely and specific objection was made to its admissibility.

TITLE III – BURDENS OF PROOF AND PRESUMPTIONS

PART I – BURDENS OF PROOF

Section 12: The term "burden of proof" often causes great confusion. In part this is because the term embraces two distinct concepts. It is sometimes used to refer to the responsibility of one of the parties to persuade the trier of fact of the existence of the facts in issue. If the party bearing this responsibility does not discharge it, the case will be decided against him. The expression "burden of persuasion" (which is defined in subsection (1)) more aptly describes this concept.

At other times "burden of proof" is used to refer to the responsibility of a party to introduce sufficient evidence to support a finding that a fact in issue exists. If the party bearing this responsibility does not discharge it, the judge will rule against him and the matter will not even be considered by the trier of fact. In effect the judge will have found that the party has not introduced any evidence upon which a reasonable person could find in his favour on the matter. This concept is defined in section 13(1).

Section 12(2) has two purposes. It gives some guidance as to who has the burden of persuasion in civil cases. And, it sets forth the degree of belief to which the trier of fact must be persuaded.

The burden of persuasion with respect to each fact in issue will normally be on the party to whose case the fact is essential. Since it is the plaintiff who claims redress, he will normally bear the burden of persuasion on all facts that constitute his cause of action. The substantive law, of course, determines what facts are essential to his cause of action. The affirmative defences the defendant may put forth, and thus upon which he normally has the burden of persuasion, are also determined by the substantive law.

While the above states the normal rule for the allocation of the burden of persuasion, occasionally the party against whom the claim or defence is asserted has the burden. Various reasons underlie this allocation of the burden. Sometimes it is because the

claim put forward by a party should, as a matter of social policy, be discouraged; at other times, because the party against whom the claim is being asserted has exclusive knowledge or control of the evidence; or again, because the facts supporting the claim are so probable that it would be a waste of time to have them proved by the party asserting them. However, it is difficult to fix general principles for allocating the burden of persuasion and thus the section simply provides that the burden is on the party asserting a fact in issue "except as otherwise provided by law".

Under existing law, the burden of persuasion in civil cases is often expressed in the following manner: that the party who has the burden must establish his case beyond the "balance of probabilities", or by the "preponderance of evidence". The difficulty with these formulations is that they appear to require a mechanical weighing of the evidence. The important consideration is that the jury must be satisfied to the requisite degree of belief that the burden has been discharged, a matter not susceptible of exact description. It is felt that subsection (2) more accurately describes the usual civil burden than the other formulas in common use.

In a number of situations (e.g., disbarment proceedings, claims of fraud, crime or moral dereliction) existing law requires a greater degree of belief to discharge the burden of persuasion in civil cases than the usual burden, such phrases as "clear and convincing", "convincing evidence", and in some cases the criminal standard "proof beyond a reasonable doubt" being used to describe this increased burden. The fact is, however, that the degree of belief to satisfy the trier of fact will inevitably vary with the circumstances, including the seriousness of the matter in question. There seems no necessity, therefore, for a multiplicity of standards of belief.

Subsection (3) codifies the existing law regarding the burden of persuasion in criminal cases. In order to ensure that innocent people are not convicted of a crime, the general rule is that no person can be convicted unless the trier of fact is satisfied of his guilt beyond a reasonable doubt. However, there are qualifications to this rule. These are set forth in subsections (4) and (5).

Subsection (4) codifies the present law by providing that the prosecution does not have to disprove every possible defence that might exonerate the accused. The prosecution need only do so if

there is sufficient evidence in the case to raise a reasonable doubt about the issue. It would be too burdensome to compel the prosecution to negate self-defence, duress, provocation and every other possible defence, excuse or justification, even where there was no evidence in the case suggesting that such a defence was open to the accused.

Subsection (5) creates an exception to the general rule set forth in subsection (3). Under the present law the prosecution is often relieved of proving an element of a particular offence beyond a reasonable doubt. To be acquitted the accused must discharge a burden of persuasion with respect to that issue by a preponderance of the evidence. For example an accused will not be acquitted of a crime on the ground that he was insane when he committed it unless he proves insanity by a preponderance of evidence. Similarly a person found in possession of an instrument suitable for housebreaking, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, will be convicted unless he proves by a preponderance of the evidence that he was in possession of the instruments for a lawful purpose. The many other statutory instances where the prosecution is relieved of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt with respect to each element of the offence are listed in the Evidence Project's Working Paper on *Burdens of Proof and Presumptions*. Some of the sections placing a burden of persuasion on the accused are phrased in terms of a presumption, others in terms of a defence. Requiring the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that the accused is guilty is one of our most important safeguards against convicting innocent people. In section 14(3) we recommend that a presumption that operates against the accused may be rebutted by evidence sufficient to raise a reasonable doubt on the issue. In the rare case where it may be thought proper to shift the burden of persuasion to the accused on any matter, it should be done clearly and expressly in the legislation. That is the combined effect of subsections (3) and (5).

Section 13: Normally a party who has the burden of persuasion with respect to an issue will also have the burden of producing evidence. That is, he must introduce sufficient evidence of a fact

to warrant the jury to consider it. Until such evidence is produced, the judge must rule that on the evidence, no reasonable person could find that the party has discharged his burden of persuasion. Therefore, under this section the standard required to discharge the burden of producing evidence on an issue relates to the standard required to discharge the burden of persuasion on that same issue. The purpose of imposing a burden of producing evidence on a party is to prevent the jury from considering evidence on an issue that no reasonable person would deem sufficient to satisfy the requisite burden of persuasion on that issue; to save the time of the court by not requiring evidence to rebut a hopeless case; and, to prevent the prosecution in a criminal proceeding from compelling the accused to lead a defence until it has established a strong *prima facie* case against him.

Part II – Presumptions

Section 14: The term "presumption" is used in a wide variety of senses. Two of these uses must be distinguished in understanding the definition in this section. It may refer to the situation where, when certain basic facts are proved, the designated presumed fact may, but need not, be assumed by the trier of fact. For instance, if it is proved that a person struck another on the head with a hammer, it may be assumed that he intended to injure him. This is a logical inference based on experience and the law does not affect the drawing of this inference either by compelling it or prohibiting it. This type of inference is not a presumption under this section. The word "presumption" is also used to describe the situation where, when certain basic facts are proved, another fact must be assumed. Under most provincial statutes regulating the use of highways, for example, when it is proved that a person driving an automobile struck a pedestrian and caused injury, it must by law be presumed that he was driving negligently. This is a true presumption as defined by subsection (1).

Most presumptions are rebuttable. Even though a presumption requires a fact to be assumed if certain basic facts are proved, a party against whom the presumption operates may introduce evidence contradicting the presumed fact. Subsections (2) and (3)

establish the degree of belief to which a party must persuade the trier of fact to rebut a presumption against him.

Under present law it is often unclear in civil cases what effect a presumption has on the allocation of the burden of proof. Some presumptions appear to shift the burden of producing evidence, others to shift the burden of persuasion. Presumptions are created for the same reasons that govern the allocation of the burden of persuasion, that is, reasons of fairness, expedition, and social policy discussed in the comments to section 12. To better promote these reasons and for greater clarity and simplicity, all presumptions should have the effect of shifting the burden of persuasion. Thus subsection (2) provides that a presumption in a civil case is only rebutted if the party against whom it operates satisfies the trier of fact that the non-existence of the presumed fact is more probable than its existence.

A presumption against the accused is sometimes an appropriate procedural device for narrowing the issues that the prosecution must initially prove in a criminal trial. For the reasons given in the comments to section 12, however, it is enough to rebut such a presumption if there is sufficient evidence to raise only a reasonable doubt about the issue.

Occasionally two presumptions conflict. Subsection (4) provides a method for resolving such conflicts. The one founded on the weightier considerations prevails.

TITLE IV – SPECIFIC RULES RESPECTING ADMISSIBILITY

PART I – EXCLUSIONARY RULES

Exclusion Because of Manner Evidence Obtained

Section 15: Rules of evidence are unlikely to prove very effective in controlling police behaviour. However, the courts must be able to protect the integrity of the adjudicative process. Therefore evi-

dence should be excluded if it was obtained in such a manner that its admission would bring the administration of justice into disrepute and in effect render the judicial process, which ultimately is designed to further the aims of the penal system, self-defeating.

Because of possible disagreement among judges about when the admission of unfairly obtained evidence would bring the administration of justice into disrepute, guidelines are set out in the section to assist judges in exercising their discretion. From these it is evident that the intent of the section is not to incorporate an absolute exclusionary rule into Canadian evidence law, but to give judges the right in exceptional cases to exclude evidence unfairly obtained, and thus restore what many believe to be the English common law discretionary rule.

Section 16: If the police obtain a statement from the accused in such a manner that its admission would bring the administration of justice into disrepute, the statement will be excluded by the judge under section 15. However, the statement may have been obtained under circumstances that do not justify its exclusion under that section, but that may still have rendered the statement unreliable. If so, the statement is excluded under this section.

A dissection of the section reveals the extent to which it follows the present law. First, like the present law, it applies to all types of out-of-court statements of the accused. Even his exculpatory statements may be unreliable because of the circumstances under which they were made. Secondly, again like the present law, the section is restricted in its application to statements made to persons in authority. While the definition of "a person in authority" has caused the courts some difficulties, it is the psychological pressures caused by the confrontation of the accused with an authoritative figure that causes most statements to be unreliable. These pressures, because they are not common knowledge, are difficult for the jury to assess. Moreover placing on the Crown the burden required by the section in respect of all out-of-court statements of the accused would be too burdensome. Thirdly, the section requires the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that the accused's statement was not made under circumstances likely to render it unreliable. The policy reason for this is that in most cases the admission of the confession will lead to the conviction of the accused and this ought, of course,

to be proved beyond a reasonable doubt. Also, since on many *voir dires* the reliability of the statement can be determined only by deciding upon the credibility of the police officers and the accused, a high standard of proof will place an onus on the police to ensure that they take statements from an accused person under conditions in which there can be no doubt of the statement's reliability. Fourthly, because of its ambiguous usage the word "involuntary", which is often used under present law to describe a statement that should be excluded, is not used in the section. While it is still perhaps a useful label to embrace all statements held to be inadmissible, the test to be applied under the section directs the court's inquiry to the rationale for excluding such statements. Fifthly, the section makes it clear that the accused can waive the necessity for holding a *voir dire* if he does not wish to dispute the admissibility of a statement. Permission for such waiver can assist in expediting the trial.

Finally, subsection (2) makes it clear that only a statement made under circumstances likely to render it unreliable is excluded. Real evidence found as a result of the statement, and the fact the real evidence was found, are not excluded by the section since the likelihood of such evidence being unreliable is very small. This codifies existing law.

General points of procedure with respect to the *voir dire*, such as the exclusion of the jury and the examination of the accused, are dealt with in section 7.

Exclusion of Certain Circumstantial Evidence

Character and Disposition

Section 17: The use of what is called character evidence is one of the most complicated areas of evidence law. The Code attempts to simplify the matter by distinguishing the inadmissibility of character evidence from the manner of proving it when admissible, and by distinguishing its admissibility to attack or support the credibility of witnesses from its admissibility to prove the conduct of the parties. Sections 62 to 66 deal with the admissibility of character evidence when it is being used to attack or support the credibility of witnesses. This section deals with character evidence sought to be admitted to prove the conduct of a party on a specified occasion.

Finally, section 20 provides for the methods by which character may be proved. Character may in some cases, such as a defamation action, be a fact in issue. Since there is no question of its relevancy in such cases and since there is no basis upon which it could be excluded, no special rule in the Code deals with its admissibility in those cases. It is, therefore, admissible under section 4, the general rule admitting all relevant evidence.

Although we may at times place too much importance upon a trait of a person's character, there is no question that it is relevant in proving his conduct on a specific occasion. Thus if an aggressive and a peaceable person were involved in a physical altercation, we might, on the basis of their character traits, assume that the aggressive person was more likely to have begun the fight. Consequently in the absence of a specific rule excluding it, character evidence in many cases would be admissible under section 4.

For policy reasons, section 17 provides that character evidence is inadmissible in some situations. The prosecution is prohibited by subsection (1) from tendering evidence of the accused's character unless he offers evidence of his own character or that of the victim. Although evidence of the accused's character offered by the prosecution might be relevant, it is also gravely prejudicial. The prejudice arises from the tendency of people to be less concerned about the consequences that befall a person of bad character. Thus if a jury hears that the accused is a person of bad character, they may find him guilty even though they are not satisfied beyond all reasonable doubt. If, however, the accused first leads evidence of his good character as tending to prove that he is not the kind of person who would commit the crime he is charged with, the prosecution must be permitted to rebut this evidence or the trier of fact might be left with a misleading impression of the accused. Similarly in a prosecution for assault, for example, if the accused tenders evidence of the victim's character trait for aggressiveness as tending to prove that the victim was the aggressor, the prosecution should be permitted to rebut this inference by offering evidence that the accused is also aggressive.

The character of the victim in a sexual offence is seldom relevant. However, if the accused alleges that the victim consented to the sexual conduct in question and non-consent is an essential element of the offence, evidence that the victim has consented to

such conduct under similar circumstances might be relevant. To protect the victim from needless embarrassment subsection (2) provides that the determination of relevancy should be conducted at a hearing *in camera*.

In most other cases character evidence as circumstantial evidence is of slight probative value. Even when it is slightly probative it usually ought to be excluded because of the possibility of prejudice, the consumption of time and the confusion of the issues. But in some cases, for instance civil cases where there is an allegation of moral turpitude, the probative value of character evidence might outweigh these dangers. These matters, however, require no special provision. They can adequately be dealt with under the general rule (section 5) that such evidence may be excluded.

Comment by Commissioner La Forest

I would have gone further in subsection (2) and excluded evidence of the victim's character in sexual cases for the purpose of showing disposition. I am not unmindful that such evidence can be cogent and that the liberty of the accused is involved. But the charge against him must, after all, be proved beyond a reasonable doubt. On the other hand, it cannot be overlooked that the enforcement of the law on the matter has become very difficult. The victim's fear of the trauma of a rape trial makes this the least reported of all crimes. The possibility of prosecution thus becomes a very ineffective deterrent to a crime that is increasing at an alarming rate. I am impressed with the following reasoning of the Evidence Project: "[I]n some cases the woman's reputation, not her consent, becomes the central issue. Besides questioning the probative worth of such evidence, the Project was deeply concerned with the effects of existing abuses of this type of evidence. Since the complainant may suffer unfair embarrassment and great harm, rape victims are often reluctant to press charges, and also women of bad character are provided with little protection against rape. The Project therefore is now recommending that in cases involving sex offences, the defence not be permitted to adduce evidence of the bad character of the victim either on cross-examination or in its case in chief." It is possible that this section may even accentuate this undesirable situation by requiring the victim to be subjected to a still further round of questioning at the *voir dire*, in addition to that by the police, at the preliminary hearing and at the trial proper.

Section 18: Under present law (and under section 17(1)) evidence of an accused's past conduct is inadmissible to prove his character for the purpose of raising an inference that he acted

on a specific occasion consistent with that character. But if evidence of his past conduct is relevant for any other purpose, such as proof of motive or identity, then it is admissible even though it has the effect of revealing his character. The assumption is that if it is relevant for one of these other purposes it is of much greater probative value than if it was relevant solely to prove character; therefore, its probative value generally outweighs its prejudicial value. This section preserves the present law.

Section 19: Character traits in law and in ordinary usage refer to a person's responses to whole areas of behaviour. Typical character traits are honesty, truthfulness and aggressiveness. A person's habit and routine practice on the other hand refers to his habitual responses to particular situations, such as the fact that a person always closes the door. A person's habits by definition are usually conformed to and are therefore highly predictive of his behaviour on a particular occasion. This section simply makes it clear that relevant evidence of a person's habit or routine practice is admissible notwithstanding section 17.

Section 20: This section permits a trait of a person's character, when admissible, to be proved by any relevant means. Under the present law character, unless it is a fact in issue, can only be proved by evidence of the person's reputation, in some cases by the opinion of experts, and by evidence of the person's previous convictions. Evidence of specific instances of his past conduct not resulting in a conviction is excluded on the grounds that it is too prejudicial and time-consuming. Such evidence, however, might be very probative of a person's character. Therefore this section sanctions the use of specific instances of past conduct in proving character. The trial judge will of course be able to control the admissibility of such evidence under section 5.

Preventive Actions

Section 21: This section codifies the common law position that evidence of subsequent repairs is not admissible to prove negligence. Such evidence is of only slight probative value in proving negligence since a person might make repairs after an accident out of an

abundance of caution. More importantly, the desirability of not discouraging people from taking precautionary measures after an accident by using such evidence against them outweighs whatever probative value the evidence has.

Section 22: The fact that a party is insured against liability is under the present law inadmissible as evidence tending to prove that he was guilty of negligence. There is nothing to suggest that a person who is insured against liability for his own negligent conduct is less careful than he would otherwise be. Therefore evidence of insurance is usually irrelevant. Its exclusion is also rationalized on the ground that if the trier of fact hears that one party has insurance and is, therefore, better able to absorb the loss involved in the lawsuit, he might decide the case on an improper basis.

However, now that liability insurance is almost universally held the prejudice caused by its admission is not nearly as great as it was when liability insurance was rare. Most triers of fact undoubtedly make assumptions about its presence in the case. As well, it might be highly probative in a case, for example, in which it is alleged that the defendant wilfully destroyed his property in order to realize his insurance. Therefore the section provides the trial judge with a discretion to admit it in cases where its probative value substantially outweighs the danger of undue prejudice.

Section 23: People should not be discouraged from assisting others involved in an accident by fear that such conduct may later be regarded as an admission of liability. Thus this section renders the offer of payment of medical assistance inadmissible to prove liability.

Compromise

Section 24: Offers of compromise as circumstantial evidence tending to prove liability were regularly excluded at common law. Such offers are often of little probative value, since a person might make or accept such an offer simply to avoid expensive or prolonged litigation. But even where they are of probative value they are excluded in order to further the policy of encouraging out-of-court settlement of disputes. To ensure that offers of com-

promise or statements made in the course of compromise negotiations are not construed as admissions of liability lawyers frequently preface discussions on these matters as being "without prejudice". The section would make such a disclaimer unnecessary. All offers and acceptances of compromise as well as all conduct and statements made in the course of compromise negotiations are excluded. If the parties are engaged in negotiations, courts should not have to distinguish between admissions and hypothetical statements made by the parties.

Section 25: It would be most unfair to the accused to admit against him a plea of guilty that had been withdrawn. Indeed the right to have a plea withdrawn would be illusory if it could be used against the accused at a subsequent trial.

Offers to plead guilty are excluded on the same basis as offers to compromise. To avoid a criminal trial an accused might offer to plead guilty to an offence that is less serious than the one he is charged with even though he is not in fact guilty. As well, the exclusion of offers to plead guilty promotes the disposition of criminal cases without trial by permitting compromise negotiations before trial.

Section 26: The Commission has recommended the increased use of pre-trial settlements of criminal complaints as being, in many cases, more socially productive in less serious criminal complaints than prosecution through the criminal courts. To promote this policy, statements made in the course of such negotiations are made inadmissible against the accused.

Hearsay

Section 27: Hearsay is commonly understood as a statement of fact made by a person who did not personally witness the fact, but was told about it by someone else. Hearsay has the same meaning in law, and section 27(2)(*a*) so defines it.

Hearsay statements are excluded from evidence in trials because of the difficulty of testing their reliability. If a person who actually observed a fact is not in court, but a statement he made to someone about it is introduced in evidence, there is no way

of inquiring into that person's perception, memory, narration or sincerity. His statement about the fact might be false because he misperceived it or did not remember it correctly, or he may have misled the person to whom it was made because he used words not commonly used, or he may simply have lied about it. These factors, which determine the reliability of his statement, can only be tested if he is in the courtroom and subject to cross-examination. Obviously these dangers rendering the statement unreliable are only of concern where the statement is offered to prove the truth of the matter asserted in it. Thus, like the present law, hearsay is defined to mean statements introduced for this purpose.

In section 27(2)(*b*), statement is defined to include any assertive conduct. Obviously evidence of conduct intended as a substitute for words should be treated in the same way as evidence of verbal statements. Under the definition, however, a person's words or conduct are not hearsay if he did not intend them to be assertive. In assessing the reliability of such evidence account may have to be taken of the dangers of hearsay evidence. However, unlike conscious assertions, a person is seldom likely to be deliberately misleading when he engaged in non-assertive activity, which is the most important danger associated with hearsay. In defining hearsay to exclude non-assertive conduct the Code follows the better view of the present law.

Although the following sections substantially broaden the hearsay exceptions under present law, the general rule remains the same that hearsay evidence is inadmissible (subsection (1)). The hearsay rule is at once the most characteristic and the most confusing and complex rule of our system of evidence. It often prevents witnesses from giving their testimony in a natural manner, thus perplexing and annoying them; if the declarant is unavailable, it sometimes results in the exclusion of the best evidence; if he is available, although a prior statement made by him might be admissible, the hearsay rule prevents the trier of fact from using it for its most logical purpose, namely as proof of the facts asserted in it; finally, the rule greatly complicates the law of evidence.

As already mentioned, the purpose of the rule is to ensure that the trier of fact will be able to assess the reliability of a statement by observing the demeanor of the witness and hearing him cross-examined. Under existing law the numerous exceptions to the rule

— some contend there are as many as thirty-one — have been justified on the basis that the conditions upon which they are predicated lend some circumstantial guarantees of trustworthiness to the statement. While it is undoubtedly preferable to have the person who observed an event testify about it in the courtroom, the numerous disadvantages of the present law require its reformulation. Sections 28 and 29 form the keystone of this reform, although further improvements are made under the other sections under this heading.

Section 28: This section provides that any previous statement by a witness is not excluded by the hearsay rule. Under the present law a prior consistent or inconsistent statement made by a witness, when admissible (see comment to section 62), is only admissible as evidence of the witness' credibility, and not to prove the matter asserted in it. This distinction is evidently difficult for a trier of fact to apply. More importantly, if a witness is on the stand and can be cross-examined about a prior statement made by him, there is little reason not to accord this statement the same status as one made by him on the witness stand. In many instances the prior statement will have been made under circumstances that tend to render it more reliable than statements made by him on the witness stand. It might have been made when his memory of the event was fresher, and before he was influenced by the parties or subsequent events. In any case if the prior statement is inconsistent with the witness' present testimony, the witness will have the opportunity of denying it or explaining the inconsistencies. If the prior statement is consistent with the witness' present testimony, the cross-examiner will be able to explore the circumstances surrounding the making of the prior statement to reveal the weight that should be given to it.

Section 29: This section makes a further fundamental change to the hearsay rule. At common law a statement made by a person who is unavailable at trial is only admissible if the statement comes within one of the recognized hearsay exceptions, for instance dying declarations, former testimony, or statements against interest. Yet if a witness is unavailable his statement is often the best evidence of a fact in dispute and equally necessary whether or not it was made under the limited circumstances provided by the common law exceptions. Although these exceptions were designed to ensure that the statement was reliable, they are premised on very primitive

notions of psychology, for example, that dying people are likely to tell only the truth, that only statements against pecuniary or property interests are likely to be reliable. It appears unproductive to attempt to rationalize the common law exceptions. If a person is unavailable, that alone should be sufficient to justify the admission of his previous statements. It makes more sense to weigh the probative value of a statement after it has been made, than to attempt to enumerate beforehand the circumstances under which a statement will be sufficiently reliable to warrant its admission at trial.

Subsection (2) defines "unavailable as a witness" very broadly to include (by virtue of paragraphs (*a*) to (*d*)) all situations where a person cannot realistically be called to give evidence in person. Common law exceptions that are made unnecessary by this definition include dying declarations, statements against interest, government statements affecting international relations (such as the status of foreign states, diplomats and national territory), family records and statements in documents affecting property.

By virtue of subsection (2)(*e*) a person's out-of-court statement will be admitted if the importance of the issue or the added reliability of his testimony in court would not justify the expense or inconvenience of procuring his attendance or, where this is permitted, procuring his disposition. This could effect substantial savings by avoiding the need for the presence of witnesses (such as experts who have carried out routine tests) whose testimony is not really contested. We propose to examine such expert evidence further in our project on discovery.

Subsection (3) provides a safeguard against the possible abuse of the spirit of the section by making a statement inadmissible if the unavailability of the witness was brought about by the proponent of the statement. Subsection (4) provides for advance notice to be given if a statement made by an unavailable witness will be submitted. This ensures that the opposing party can prepare to argue about or to lead evidence relating to its probative value.

Section 30: Most people would regard as fair the right of a party, if it helps his case, to introduce into evidence any statement that has been made, authorized, adopted or agreed to by the other party even though the statement is technically hearsay. Indeed it would

seem strange to permit a person to object to the admissibility of his own statement on the ground that he did not make it in court and has no opportunity to cross-examine. If he wishes to deny or explain the statement, he can always take the stand. Thus, by virtue of paragraph (*a*), there are virtually no restrictions on the use of a party's out-of-court statements when they are offered in evidence against him. The preliminary fact, in paragraph (*a*), whether a party by his words or conduct has adopted or agreed to a statement, will of course be determined by the judge. In criminal cases an accuser's statement made out of court to persons in authority will not be admissible unless they also satisfy the requirements of section 16.

Paragraph (*b*) permits certain statements made by a party's agent to be used against him. Statements made by an agent concerning a matter within the scope and during the continuance of his agency are likely to be reliable, or at least as reliable as statements made by him when testifying against his principal at trial. The same consideration applies to statements by predecessors or others in privity of title (paragraph (*c*)) or those made by a person engaged in a common enterprise with the party, if the statement was made in pursuance of their common purpose (paragraph (*d*)).

All aspects of this section have the support of some decisions.

Section 31: Paragraph (*a*): At common law and by statute various hearsay exceptions have been created for shopkeeper's books, bank books, business records, hospital records and the like. The present law suffers from a morass of details. The proposed section states simply the conditions under which all of these various records kept in the course of a regularly conducted activity will be admissible.

Ultimately, most of the exceptions created for what is often referred to compendiously as business records are founded upon simple necessity. Many business transactions are so complex that it would be prohibitively costly if not impossible to call all the witnesses necessary to reconstruct the transaction from persons with firsthand knowledge. In many cases, of course, the records will be highly reliable. This is particularly true of strictly business records. They are made in the same fashion habitually and systematically, errors are likely to be detected by others relying on the

record, and the entrant is likely to be very careful about the accuracy of the record since his job may depend upon it. However, even under the present law business records are admissible as hearsay evidence even though these safeguards are not present. The necessity of providing a convenient method of proving certain transactions or events simply outweighs the objections to reliability.

The proposed exception retains the essential underlying safeguards of reliability provided by the present law, but at the same time consolidates and greatly simplifies the many hearsay exceptions dealing with the matter, and does away with many of the requirements of the present law that do not add appreciably to the reliability of the record. Thus, for instance, the word "business" is not used in the section, the person making the record does not have to be "under a duty", and the statements made on the record are admitted whether they are statements of an act, event, condition, opinion or diagnosis, so long as they are otherwise admissible. The conditions ensuring the reliability of the record are that it was originally made at or near the time of the matter recorded, that the person making the record or the person who supplied him with the information had personal knowledge, and that the record was made in the course of a regularly conducted activity.

Paragraph (*b*): A common law exception to the hearsay rule provided for the admissibility of public records and documents made by officials who had a duty to make them. Such evidence was considered reliable since public officials are under a duty to make accurate statements, and if an error is committed public inspection of the document should lead to its correction. As well, there was an element of necessity for such an exception. Many trials involve the work of public officials in some aspect; if they were compelled to testify at these trials it would be extremely disruptive of government services. Furthermore, in most cases little would be gained by compelling the attendance of the official since he would likely have no recollection of the facts recorded.

The admissibility of many kinds of public documents is now regulated by statute. This paragraph provides a simple rule for the admissibility of all types of public documents. It substantially liberalizes the common law; in particular there is no need for the document to be subject to public inspection. While such a require-

ment might provide some added assurance of reliability, it would, if construed narrowly, exclude many records of public officials even though they were made pursuant to an official duty and are thus likely to be reliable. Many public records would be admissible as records made in the course of regularly conducted activities under paragraph (*a*). However, paragraph (*b*) ensures that non-routine records and reports made by government officials will be admissible without dispute.

Paragraph (*b*) admits investigative reports made pursuant to law. In many instances public officials have a duty to investigate and prepare reports. Fire, police, autopsy and chemist reports are illustrative. Under present law most of these could be admitted as evidence, although they are not frequently offered. However, they often have substantial probative value and this paragraph, therefore, provides for their admissibility. The reports are often made immediately after the event by people trained in such investigations. In most cases the investigator will be called to testify. However, the report itself should be admissible as evidence if it is thought unnecessary to call the investigator.

As in the case of other evidence, the trial judge has a discretion under section 5 to exclude a report if he finds that in all the circumstances it is unreliable. Circumstances to be considered will include the manner in which the investigation was conducted, the skill, training and impartiality of the investigator, and the timeliness of the investigation.

Paragraph (*c*): This paragraph provides for the admissibility of records of vital statistics. These records are invariably the most accurate and often most convenient way of proving deaths, births and marriages. They would not strictly qualify under paragraph (*b*) as public records, however, since the persons (such as ministers or physicians) reporting them to the appropriate public agency are not public officials.

Paragraph (*d*): Situations arise in which a record of a regularly conducted activity is silent on a matter of which a record normally would have been made. The absence of the record is clearly relevant as tending to prove that the matter did not take place. Although in most cases this evidence will not be a "statement" as defined in section 27(2)(*b*), paragraph (*d*) ensures its admissibility.

Paragraph (*e*): Marriages can be proved by a public document under paragraph (*b*). However, the proponent may offer as proof of marriage the document given to the parties by the celebrant of the marriage at the time of the ceremony. If the judge finds that the conditions of this section are met the certificate would appear to be good evidence of the facts stated in it. This applies to other ceremonies and sacraments. This codifies the common law.

Paragraph (*f*): Under the present law a document that has been in existence for thirty years, whose condition does not create suspicion, and that was in a place where, if authentic, it would likely be, is presumed to be genuine. Under the present law the authorities are divided on whether such a document is also admissible as evidence of the truth of the statements contained in it. We think the better view is that, as well as being presumed authentic, such a document should be admissible as an exception to the hearsay rule. Normally, of course, the authors of the document will be unavailable and it will be admissible under section 29. But even when they are available, such a document has a degree of reliability justifying its admission. It must be twenty years old, and thus inevitably be uncontaminated by the bias of present litigation.

Paragraph (*g*): Market reports and other commercial tabulations are clearly hearsay when offered to prove matter asserted in them and are consequently inadmissible under present law. However, they appear sufficiently trustworthy and the inconvenience of obtaining the information in other ways is so great that they should be admissible as an exception to the hearsay rule. The authors of the reports are often inaccessible; the reports are relied upon by experts and are therefore prepared with care; and cross-examination would unlikely be effective in further assessing the reliability of the reports.

Paragraph (*h*): Under present law if a person pleads guilty to an offence or makes admissions in the course of giving testimony, these statements will be admissible in subsequent litigation since they fall within a well recognized hearsay exception—admissions. However, a conviction entered after trial is itself inadmissible to prove the truth of the matters necessarily determined in the proceedings. Thus in a divorce proceeding where the ground for divorce is adultery, the fact that the respondent was convicted

of rape is inadmissible as tending to prove that he committed adultery. The reason most frequently given for the exclusion of such apparently probative evidence is that the trier of fact in the criminal trial was not a witness to the act and, therefore, the conviction is hearsay. However, a previous conviction may have high probative value. The accused usually has strong motives to dispute the facts, and he can only be convicted if the trier of fact is convinced of his guilt beyond a reasonable doubt. Therefore, it makes sense to permit such evidence to be admitted at least in subsequent civil cases as proof of any fact essential to sustain the judgment. The trier of fact may weigh such evidence and, in view of all the evidence, reject it as untrustworthy. This is equally true of a criminal case against the same accused and in a criminal case against any accused if it is the accused who produces this evidence. However, it is of utmost importance that every accused should have the opportunity of thoroughly testing the prosecution's case against him, without having to lead independent evidence of his innocence. This is very difficult if the conviction of another person is introduced as evidence against him. Consequently the previous conviction of another accused cannot be admitted against him by virtue of this paragraph.

Paragraphs (*i*) to (*l*): Now that most events of public and even private affairs are recorded, there is little need in judicial trials to resort to evidence of reputation to prove a fact. However, reputation evidence is one of the oldest hearsay exceptions and since there may still be a necessity for it in some trials, we have retained the common law rules — but have removed anomalies in them. At common law these exceptions to the hearsay rule were rationalized on the grounds that often other proof of the matter in dispute was unavailable, and that statements about reputation were likely to be reliable, being the aggregate opinion and judgment of the community about matters that if wrong would have been contradicted and disproved.

Paragraph (*i*) liberalizes the common law hearsay exception for evidence of the reputation of a person's character, by permitting the admission of evidence not only of the person's reputation in the community, but among his associates. Modern day society is so mobile that people seldom acquire reputations in the com-

munities where they live. However, they might, for instance, acquire a reputation as to their character among those they work with. Paragraph (*j*) allows reputation of human pedigree to emanate from family members, associates and the community. Reputation in the community as to boundaries or other matters affecting realty, both private and public, is admissible under paragraph (*k*). And historical facts can be proved by reputation in the community pursuant to paragraph (*l*).

Privileges

General

Section 32: An evidentiary privilege is generally considered to be the right of a person to prevent a judge from compelling him or some other person to disclose a particular confidential communication. Privileges were created to promote various specific policies of the law that in certain contexts are considered to outweigh the interest in having the truth revealed in judicial proceedings. This section is the key provision. It incorporates the general principle running throughout the Code that all relevant evidence is admissible. Thus there are no privileges except as provided by statute.

Section 33: This section makes it clear that a person who, under the Code, has a privilege against disclosure of a matter may refuse to disclose it or prevent another from doing so.

Section 34: A privilege is personal to its holder. A person may thus assert or waive a privilege. Since the purpose of privileges is to protect the confidentiality of certain information, if the holder of a privilege voluntarily discloses the information there is no longer any reason for the privilege and under this section he will be assumed to have impliedly waived it.

Section 35: Once privileged matter is disclosed the purpose of the privilege is defeated. This section, however, provides a remedy for the party who is wrongfully compelled to disclose privileged information: on a new trial the matter is inadmissible. In the absence of this section if a trial judge ruled that a witness

had no privilege, the witness would have to remain silent and face a charge of contempt if he wished to preserve his privilege. The section permits him to avoid that burden by complying with the trial judge's ruling and yet not be taken to have waived his privilege. It also allows him to assert his privilege if an eavesdropper or other person disclosed the information in court before he could object to its admissibility.

Section 36: Since important social values are protected by privileges, their exercise should not be discouraged by an adverse comment by the judge or counsel or the drawing of an adverse inference by the trier of fact.

Section 37: Privileges, in the main, protect personal rights of the holder. Therefore an appeal on the grounds of an allegd erroneous denial of a privilege can only be taken if the party appealing is the holder of the privilege. An infringement of someone else's right should not be the basis of a party's appeal.

Particular Privileges

Section 38: At common law, a witness had the right to refuse to answer a question on the ground that it might expose him to a criminal charge. The policy grounds for this privilege included the need to encourage people to appear and give testimony at proceedings without fear that they might be compelled to incriminate themselves, and the need to maintain a fair balance between the investigative powers of the state and the individual. Later, however, the absolute privilege of self-incrimination was abolished by statute. The legislature obviously felt that there was a need to balance the interests protected by the privilege against the interest in obtaining all relevant testimony from third-party witnesses in proceedings. It, therefore, provided that the testimony of a witness who objected to answer a question on the grounds that his answer might criminate him could not be used against him in a subsequent criminal proceeding. This section preserves this limited privilege but with an important change. A difficulty with the existing law was that a person who did not know of the privilege might not object to answering a question whose answer might criminate him and the evidence could consequently be used against him. This

resulted in an invidious distinction between those who knew their rights, and those who did not. Under this section the privilege is automatic.

Section 39: Numerous statutes require individuals or organizations to report information to the government. To induce complete disclosure and to protect the person filing the report from having such compelled evidence used against him in subsequent proceedings, many statutes provide that such information cannot be disclosed without the person's permission. If it is a federal statute this privilege will prevail since section 32, which abolishes privileges, expressly excepts privileges granted by other federal statutes. However, provincial statutes also create privileges protecting people against the disclosure of information they are called upon to report. Since provincial statutes have no application in proceedings governed by this Code, such information, though not usable in provincial proceedings could be used in federal proceedings. This section incorporates these provincial privileges into federal law and thus ensures that the policies of the provincial statutes are not defeated by the use of such information in federal proceedings.

Section 40: Under existing law, confidential communications between spouses are privileged. The major purpose of the rule is to foster frankness and candour between spouses, and thereby support the conjugal union. But the privilege applied no matter what the state of the marital union and, oddly enough, the privilege was that of the person receiving the communication, not of the one making it. This section attempts to achieve a better balance between the desirability for confidentiality and the need for obtaining evidence by giving the judge a discretion to allow or disallow the privilege in the light of the circumstances. It rationalizes the law by making the privilege that of the person making the communication. And it extends the privilege to other family and similar relationships.

Comment by Commissioner La Forest

I would restrict this privilege to husbands and wives. I have a general disinclination to extend privileges because of their tendency to conceal the truth. Only in the case of the marital union do I see any compelling reason

for this privilege, namely, that marriage is the cornerstone of society as we know it. I would add that I do not agree with the possible implication in the comments (see also the comments to section 57) that the state of the marriage at the time of the proceeding should be the prime consideration in allowing the privilege. That may be a relevant consideration, but if it is sought to promote candour between spouses it must be by supporting a policy that encourages marital communications when they are made. One cannot make this policy totally dependent on the state of the marriage at the time of the proceeding.

There is also an administrative problem. The more people the privilege applies to, the more often it will be invoked and consequently, in a discretionary privilege of this kind, the more time will be taken by the court in determining whether it applies. A further dimension to this difficulty is that those to whom the privilege applies are not fully defined, and all sorts of nice questions can be raised on this issue. The determination of this issue is not a mere discretionary matter but one going to the meaning of the section and consequently one from which courts of appeal would not discourage appeals. Precedents would then be required in interpreting the rule, and this is the sort of thing the Code generally tries to avoid. This cannot be helped when precise definition is impossible. That is the case, for example, with the general professional privilege where experience (which we now lack) must govern future development. But here the relationships one desires to protect can be spelled out.

Section 41: The common law did not recognize a privilege for confidential communications between clients and such professionals as social workers, medical practitioners, psychiatrists, accountants or clergymen. All these professions contend that their clients should be entitled to claim a privilege for confidential communications made during the course of a professional relationship. The task of deciding whether one or all of these professions should be granted a privilege is most difficult. Inevitably a decision granting an absolute privilege to any group is seen as arbitrary. Because of the strong interest in admitting all relevant evidence, exceptions to a general rule granting such a privilege might engulf the exclusionary rule itself. Since it would be unrealistic to attempt to define the circumstances where the maintenance of confidentiality for communications made in the course of professional relationships outweighs the benefit of their disclosure the section provides that the judge should weigh the competing interests whenever such a privilege is claimed.

Section 42: At common law a person has a privilege against disclosure of confidential communications between him and his lawyer in the course of a professional relationship. A privilege of this kind is obviously required when the subject of the communication relates to contemplated litigation. In an adversary system where lawyers represent parties, it is essential that the parties be able to inform their lawyers of everything related to the case, so that the lawyers can adequately defend them. In time, however, the common law extended the privilege to all confidential communications in the course of a professional relationship, whether made in contemplation of litigation or not. Subsection (1) embodies the original rule, restricting the privilege to communications made in contemplation of litigation. The client has no stronger ground of privilege in respect of other communications made to a lawyer than to those made to other professional persons.

Comment by Commissioner La Forest

I have some technical qualms about restricting the operation of this privilege to communications made in contemplation of litigation. In the first place, one wonders how much difference there will be in the ultimate result, and consequently whether it is worth the additional delays required to determine whether a privilege exists. Moreover, I am concerned about the situation of a lawyer who, having given legal services in respect of a matter, is later called upon to plead a case involving the matter. I agree, of course, that the privilege must, as now, be restricted to communications relating to legal services, not to communications for business reasons, and that can (though less often) lead to similar difficulties. Indeed the underlying rationale of the Commission is so compelling that I hope my reservations will prove unfounded in practice. I think it is worth trying.

To permit a lawyer adequately to defend his client, information obtained or work produced by him or persons assisting him were equally privileged. Subsection (2) retains this privilege in relation to information obtained or work prepared by the lawyer in contemplation of litigation, but it rationalizes the privilege by also making it applicable to information obtained or work prepared in contemplation of litigation by the litigant himself. It is, after all, his privilege, and litigants often prepare their own case. In certain circumstances, e.g., small debts, they must do so since they are not permitted to employ a lawyer.

Legal matters affect a person's estate and persons claiming through him. Subsection (3) provides for the privilege being claimed on his behalf by the various representatives of the claimant.

Subsection (4) sets forth a number of exceptions to the privilege, all of which have their basis in the common law. Paragraph (*a*) prevents the privilege from being abused by serving as a cloak to commit a crime or civil wrong. The other exceptions are justified by the fact that they are essential in obtaining evidence and do not offend against the fundamental basis of the rule.

Subsection (5) defines "lawyer" to include any person a client reasonably believes has a right to practise law. Thus the policy of the privilege will not be defeated because of a client's doubts about his lawyer's competency to practise. The definition also includes Quebec notaries, who in that province perform some functions usually done by lawyers in other provinces.

Subsection (6) ensures that a person may, under the general professional privilege, claim a privilege in respect of professional communications with a lawyer that were not made in contemplation of litigation.

Section 43: Information in the possession of the government may be relevant in a proceeding. Its disclosure may, however, be harmful to the public interest, for example in the conduct of international relations, national defence or government administration. Thus a balance must be struck between the public interest in maintaining the confidentiality of such government information and that in maintaining fair and efficient litigation. Under the present law it is, in the final analysis, the government itself that makes the decision in individual cases about where this balance should be struck. If a Minister of the Crown alleges that the revelation of information would be injurious to such matters as international relations or national defence, that information need not be disclosed to the court. The present law should be changed. A judge, because he is impartial with respect to the matter, is in a much better position to weigh the competing interests. Thus under subsection (2) the judge will decide the merits of a claim of Crown privilege by the government. And, if the matter is thought sensitive enough, provision is made by subsection (3) to have the issue heard by a judge of the Supreme Court of Canada.

Subsections (4) and (5) establish a procedure for determining whether the privilege should be granted that will ensure that the interests of both the government and litigants are protected to the greatest extent possible. Subsection (6) ensures that federal Crown privileges are governed by this section in any proceeding, federal or provincial.

Section 44: It is a great aid to effective law enforcement if people feel free to reveal information to the police without fear of retaliation. This privilege furthers the effective use of informants in law enforcement by permitting such people to remain anonymous. In some cases, however, the identity of the informant may be essential. Such cases can be accommodated by the discretion given the judge to compel disclosure if, in the circumstances, the interests in maintaining secrecy are outweighed by the interest in arriving at a fair determination of the issues.

Section 45: In patent infringement or unfair competition cases, a trade secret may itself be the subject-matter of the litigation. In tort actions where the negligent manufacture of a product is alleged, a trade secret might become involved. In all cases the common law recognized a privilege for trade secrets. However, the privilege was never absolute since in some cases its disclosure was essential if justice was to be done and fraud prevented. This qualified privilege is recognized in this section.

Part II – Authentication and Identification

Section 46: Often, in order to establish that evidence is relevant, it is necessary to show that the evidence is what it is claimed to be. For example, when a gun that is alleged to belong to the accused or a letter that is alleged to have been written by the defendant are offered in evidence, such articles are obviously only relevant if they are in fact what they are claimed to be. The authentication or identification of evidence is thus simply a particular application of the general rule of conditional relevancy set forth in section 7(2). That is, whenever evidence depends for its relevancy on the existence of a preliminary fact (which might include its authentication or identification), evidence sufficient to support a finding of the existence of the preliminary fact must be introduced before

the offered evidence is admissible. However, where the preliminary fact involves a question of the authentication or identification of evidence, the common law developed a series of rules as to what could constitute sufficient evidence of authenticity or identity. This was particularly true for writings where the identification of a signature, handwriting or the identification of an original was in issue. The reason frequently given for these rigid requirements is that the trier of fact might be susceptible to uncritically accepting writings as genuine. This assumption is highly questionable. This section, therefore, makes it clear that under the Code there are no special requirements of authentication or identification. The evidence introduced to prove that the offered evidence is what it is claimed to be merely has to be sufficient to support such a finding.

Problems of authentication relate largely to the introduction of writings; problems of identification relate largely to the introduction into evidence of other kinds of physical articles (real evidence). However, a problem of identification might also arise with respect to other evidence. Where, for instance, a party testifies about a telephone conversation with a person, some evidence must be introduced that the person he alleges he was conversing with was in fact that person.

Evidence may be authenticated or identified in a variety of ways, for example, by the testimony of expert and non-expert witnesses, by comparison with authenticated matters, by voice identification, by distinctive characteristics, by being filed or recorded where it ought to be, or where the evidence adduced is the result of a mechanical or other process, by showing that the process is accurate. It should be noted that problems of authentication are increasingly avoided in civil cases by requests pursuant to rules of practice to admit documents, and in criminal cases by informal agreements.

Section 47: Both at common law and by statute a number of writings can be admitted at a trial without leading independent evidence to authenticate them. Usually these are writings, whose authentication by independent evidence would be inconvenient, that are unlikely to be forged, or whose forgery, if it did occur, would be relatively easy to detect. It is sometimes said that the

courts take judicial notice of the genuineness of these writings or that their genuineness is presumed. The section makes it clear that while no independent evidence is needed to authenticate them, once admitted their genuineness may be contested.

It is very unlikely that a document bearing an official seal and signature would be forged, and such a forgery can be detected relatively easy. Therefore at common law and by statute a great number of such documents were in effect presumed genuine. Section 47(1)(*a*) makes any document bearing an official seal and a signature admissible in evidence upon its mere production. Documents bearing the signature of an official certified by another official under seal are equally admitted on production (section 47(1)(*b*)).

Section 47(1)(*c*) in essence codifies the common law as restated in numerous statutes. Because of the inconvenience of removing documents from public records the section provides that a copy of a public document can be authenticated in the same manner as the document itself, namely by a signed certificate under seal.

The matters mentioned in section 47(1)(*d*), (*e*) and (*f*) are so likely to be genuine that in the interests of expedition it makes sense to admit them into evidence without requiring their authentication by independent evidence.

Section 47(1)(*g*) facilitates the authentication of private documents. The acknowledgment under seal, by an officer empowered by law to do so that the signatures on a document were made by the persons whose signatures purport to be, is sufficiently reliable to authenticate the document.

Section 47(1)(*h*) and section 47(2) and (3) provide a convenient method for authenticating foreign documents. Seals and signatures of foreign officials are easier to forge and their forgery more difficult to detect than those of domestic officials. Therefore rather than providing that they are self-authenticating, section 47(1)(*h*) provides that, to be admitted, they must be accompanied by a certificate of genuineness as to the signature and identity of the official executing the document or of an official who is entitled to certify the original attestation. This certificate of genuineness may be made by the diplomatic and consular officials of either country

(subsection (2)). This procedure renders the authentication of foreign public documents relatively easy while providing a sufficient guarantee of genuineness. Of course, even though a foreign document is authenticated according to those provisions its genuineness may still be challenged. If because of time constraints or other reason a foreign document cannot be authenticated by obtaining a certificate of genuineness, subsection (3) provides a procedure whereby it may be admitted as authentic.

Section 48: At common law if a witness signed a document for the purpose of indicating that he acknowledged it was signed by the alleged maker, he had to be called to authenticate the document. This rule was long ago abolished by statute, and this section simply continues the abolition.

TITLE V – METHODS OF ESTABLISHING FACTS

PART I – GENERAL

Section 49: In judicial proceedings facts are usually proved by the testimony of witnesses and the presentation of real evidence, i.e., matters submitted for examination by the trier of fact (see section 74(2)). However, a party may admit facts during the course of the proceedings. And, of course, the trier of fact may reasonably infer the existence of one fact on proof of another, or he may be required by law to presume it (see section 14). Finally, the court may take judicial notice of the existence of certain facts and the law (see sections 82 to 85). This section simply sets forth the various ways of establishing facts.

PART II – WITNESSES

General

Section 50: Existing law requires a person to take a religious oath before testifying unless he objects on the ground of conscientious

scruples, in which case he is permitted to make an affirmation. This section would abolish the oath and would require all witnesses to affirm. Forcing a person to publicly decline to take an oath is an invasion of religious privacy; if a witness refuses to take the oath under present law his testimony may be viewed with scepticism by some jurors and judges; in many instances the taking of the religious oath is a meaningless ritual.

Comment by Commissioner La Forest

I would retain the oath. I am convinced that a substantial number of people are more likely to tell the truth, at least the whole truth, if they take the oath. To those who take the oath seriously (and this covers a great many people) the certain demands of conscience are more likely to elicit the exact truth than the highly uncertain threat of a prosecution for perjury. Moreover, one cannot neatly separate man the citizen from the moral man. The Commission has on numerous occasions reiterated that the criminal law should be used to protect the core values of society. These core values are ultimately grounded in the values of the individuals comprising that society. Why should those individual values not be used to buttress society's core values so long as this does not become oppressive?

The minor invasion of privacy is surely outweighed by the need to obtain the truth. Witnesses on the stand must daily reveal far more sensitive matters. And I cannot believe that in this day and age the danger that the testimony of a person who, on the ground of conscientious scruple, refuses to take the oath may be met with skepticism is sufficiently general to outweigh the argument for retaining the oath.

Section 51: This section makes it clear that the judge may give instructions to any witness if he considers it advisable to ensure that the witness understands the necessity to be truthful. This will arise especially in relation to children, but it can apply to others such as mental defectives. Under present law before a child may be sworn the judge must be satisfied that the child understands the nature of the oath. If he does not, his testimony must be corroborated. There are no special rules of competency in the Code with respect to children. The frailties inherent in the testimony of immature witnesses should affect the weight of the evidence rather than its admissibility. However, under this section the judge may give a child instructions, in addition to the affirmation required by section 51, to ensure that the child understands his obligation to tell the truth.

Section 52: One of the most fundamental rules of evidence is that a witness must have personal knowledge of the matter about which he is testifying, unless he is testifying as an expert: see section 71. The rule ensures that the testimony of witnesses has some minimum level of probative value.

Section 53: This section, making interpreters and translators subject to the rules respecting witnesses generally except for a minor modification in their affirmation, codifies existing laws.

Competence and Compellability

Section 54: Except for those specifically mentioned in section 55, this section eliminates the remaining common law grounds rendering a person incompetent to testify at trial. At one time many persons were, for a variety of reasons, disqualified from giving testimony. However the trend has been to reduce these disqualifications. The only significant remaining grounds of incompetency abolished by this section are mental immaturity and marital relationship to the accused. Because of the impossibility of stating and applying a standard of mental immaturity that renders a witness incompetent to testify, it seems preferable simply to let the trier of fact take into account any such incapacity in assessing the weight to be given to the testimony. The other ground of incompetency, marital relationship, is abolished by the section since there seems little reason to prevent a person from testifying for or against their spouse if they so desire and the evidence is sufficiently probative.

The section also provides that generally all witnesses may be compelled to testify. Sections 56 and 57 create exceptions to this general rule in criminal proceedings in respect of an accused or a person related to him. Moreover, a number of immunities exist in respect of the Crown, diplomats and other persons of similar status.

Section 55: Since it is essential that the judge and jury be, and be seen to be impartial, their inability (under subsection (1)) to be witnesses at a trial they are hearing, seems uncontroversial. Subsection (2), which disables a juror from impeaching a verdict, is the common law rule. The rule stems from the need for finality in adjudication and to protect jurors from harassment.

Section 56: Under the present law if the accused takes the stand in his own defence he can be questioned about any previous convictions. Since such evidence is very prejudicial, many accused persons understandably choose not to take the stand. Under those circumstances, comment by the judge or prosecution about the accused's not taking the stand would be unfair. Generally, section 64(2) would permit the accused to take the stand without fear that his previous convictions would become known to the trier of fact. Thus if the accused does not take the stand, it could be inferred that his failure to do so is because he is guilty. Section 56 would permit such an inference to be suggested by the judge and counsel.

The section will not effect a great change in the present law. Under the present law the trier of fact and a court of appeal may consider the accused's silence at trial as evidence of guilt. Furthermore in trials by judge alone, such an inference may be discussed by the judge and counsel in assessing the weight of the evidence. Thus the only change the rule effects is that in jury trials the possibility that such an inference may be drawn may be brought out in the open.

Section 57: Under existing law a spouse is, as a general rule, not competent and cannot be compelled to testify against his or her spouse in a criminal proceeding. The rationale for the rule is the protection of the marital relationship. However, there are some twenty-six statutory and common law exceptions to the rule, which indicates its rigidity and arbitrariness. Accordingly the section requires the judge to weigh the conflicting interests and decide whether the interest in preserving the relationship outweighs the need for the testimony. This allows for the exceptions that must be made in practice, while not excessively cluttering up the law. At present the rule applies to all legal marital relationships even though they have completely broken down or were entered into for the sole purpose of frustrating the prosecution. At times the exceptions appear to be destructive of the rule; for instance if a man is charged with rape, his wife can be forced to testify against him, but not if he is charged with the murder of the same woman.

The existing rule does not apply to other family relationships such as mother and son, father and daughter, brothers and so on,

nor to common law relationships. Such relationships in individual cases may be as important as the marital relationship, and accordingly under this section the judge is given a discretion not to compel a person to testify in such situations.

Comment by Commissioner La Forest

I would limit the application of this section to husbands and wives for the reasons given in my comment to section 40.

Manner of Questioning Witnesses

Section 58: Under the adversary system of trial it is the duty of the parties to present the evidence before an impartial arbiter. Leaving the responsibility for the presentation of the evidence with the parties, it is argued, is the best method of ensuring that all the evidence will be presented and that the trier of fact will remain impartial throughout the proceedings.

But the judge has never been a passive umpire. It was recognized at common law that he has an obligation to see that the trial is conducted fairly, expeditiously and intelligibly. Accordingly he may control such matters as the order in which witnesses may be called, the number of witnesses who may testify respecting a particular matter, the number of counsel who can examine witnesses, and the manner in which counsel may examine and cross-examine witnesses so as to permit the witness to give his evidence in a satisfactory manner, without being misled, intimidated or harassed. Again, the judge may determine the manner and extent to which models, maps, plans, documents and other objects may be used by witnesses, counsel and jury. Similarly, the judge may himself call, recall and question witnesses or otherwise elicit evidence. But, he must exercise this control reasonably and this involves restraint consistent with the primary obligation of the parties to present the evidence and with the judge's obligation to be impartial. The section, in the main, codifies the common law.

Section 59: A witness is usually sympathetic to the case of the party who calls him. Therefore, there is a danger that he will

acquiesce in suggestions that that party makes to him during questioning. This is the reason for the general rule that a party calling a witness cannot ask him leading questions. In order to save time or to fairly elicit testimony, existing law permits him to ask leading questions in relation to introductory or undisputed matters, or where the witness may have difficulty in expressing himself (for example, where he is not familiar with the language in which the proceedings are conducted or because of his mental or physical condition). These matters are codified by subsection (1). Subsection (1) also permits leading questions when the rationale of the prohibition does not apply, namely, where the witness is not sympathetic to the case of the party who called him. The section does not use the word adverse, which is used under the present law to describe such a witness, since that concept has, in come cases, been given a meaning that does not clearly embrace the reason for permitting leading questions.

Leading questions to a witness called by another party are an excellent means of determining whether the witness is telling the truth, or whether he is mistaken or misleading in what he has testified to in direct examination. Accordingly existing law has always permitted such cross-examination, and this is codified by subsection (2). However, if the witness is biased in favour of the cross-examining party, then the dangers that the general prohibition against leading questions is designed to minimize are present and the general rule applies.

Section 60: It is well known that a person's memory may be aided if the person is presented with a document or object, or is asked about matters he associates with a past event. Under existing law only writings proved to have been made or verified by the witness contemporaneously with the events about which he is testifying can be used to refresh his memory. A writing of this kind is probably more likely to accurately set forth the person's recollection at the time, and its accuracy is relevant in determining the extent to which the document can itself be used as evidence: this is dealt with in connection with hearsay. But the writing, whether accurate or not — and for that matter, any object — can serve to refresh memory. Accordingly, the use of any writing should be permitted for this purpose. There is, of course, danger that a person will think he

recalls a written document and parrot what it says. As a safeguard against this danger the section gives the judge a discretion not to have a matter used to refresh a witness' memory if it appears that it will tend to lead the witness into error: subsection (1). Moreover, the other party is permitted to examine anything used to refresh memory and to cross-examine on the basis of it.

Subsection (2) provides that an adverse party may have produced any document used by a witness to refresh his memory, whether before or during the trial. Fairness and the safeguard of cross-examination would appear to compel the disclosure of a document used to refresh memory, whether the document was used by the witness while actually testifying or consulted and memorized by him ten minutes before testifying.

Section 61: A witness hearing another may, intentionally or unintentionally, make his testimony conform. The same may be true if he discusses the evidence given with another witness. Separating the witnesses will not completely avert this danger but will assist in disclosing whether witnesses (by using identical language) are telling a memorized story. For these reasons, existing law gives the judge a discretion to exclude witnesses and to prohibit them from discussing their testimony, subject to the exception that parties and persons essential to the presentation of their case cannot be excluded. The section in substance codifies existing law.

Credibility

Section 62: Nearly all proof in judicial trials ultimately depends on the statement of a witness. Consequently, the credibility of a witness is often crucial. In most cases the testimony of witnesses conflicts, not because of the untruthfulness of one witness, but because of the fallibility of human perception and memory. This section reflects the underlying philosophy of the Code, that generally all relevant evidence, in this instance, to the credibility of a witness should be admissible. It, therefore, abolishes all existing rules excluding evidence respecting credibility. Among matters that may affect a witness' credibility are his opportunity and capacity to observe, his power of recollection and narration, bias, interest,

hostility, previous consistent and inconsistent statements, and his character for truthfulness.

An important effect of the section is to eliminate four existing rules — the collateral facts rule, the rule prohibiting a party from impeaching a witness called by him, the rule that a party cannot support the credibility of a witness called by him by introducing previous statements made by the witness consistent with his story at trial, and the rule limiting the introduction of statements inconsistent with a witness' testimony to those that relate to the subject-matter of the case.

Under existing law the first of these rules prevents a party from contradicting a witness on a collateral matter. The definition of a collateral matter has been the subject of much dispute. Clearly if a witness' testimony relates to the subject-matter of the case it is not collateral and the witness can be contradicted on it. But the notion of non-collateral fact has been broadened by case law to include, as some cases state it, any matter the party could prove as an independent fact. Consequently the following matters have all been held to be non-collateral: bias; interest and corruption; previous convictions; character traits for truthfulness; medical, psycholological or other evidence affecting credibility; lack of opportunity for personal knowledge; and any matter testified to by a witness where contradiction is of great probative value in proving the credibility of the witness. The reason for the rule is not that the contradiction of a collateral matter is irrelevant to the issue of the credibility of the witness, but rather that its probative value is usually slight and is outweighed by the dangers of confusing the issues and wasting the time of the court. We concluded, therefore, that rather than have an inflexible rule prohibiting contradiction the matter should be left to the general discretion of the judge under section 5. The present test of collateral matters is elusive and needlessly complicates the law; its many exceptions have almost rendered the rule meaningless. However, in some cases it is still too restrictive and results in the exclusion of evidence that should be admitted.

Under existing law a party is not allowed to impeach the credibility of a witness called by him unless the witness proves adverse, in which case the party can prove that the witness has made a previous statement inconsistent with his present testimony. The

rule may have made sense at a time when witnesses were in effect simply character witnesses. However, today parties often have no choice about whom to call as witnesses and may know little about them except that they witnessed the event. Consequently, the common law rule is no longer justifiable.

Under existing law a witness is not allowed to introduce evidence that he has made prior statements consistent with his testimony for the purpose of supporting his credibility unless the statements satisfy the criteria of certain exceptions, for example, recent complaints in sex cases, the rebuttal of allegations of recent invention, or a witness' prior indentification of the accused. The basis for rejecting such evidence is apparently its superfluity and the danger that witnesses may manufacture such evidence. These seem to be matters that can more sensibly be dealt with by means of the judge's general discretion to exclude evidence that involves undue waste of time (section 5), and by the ability of counsel to cross-examine. Thus the existing inflexibile rule is abolished.

Finally under existing law a prior statement inconsistent with a witness' testimony is only admissible if, among other things, the statement is "relative to the subject-matter of the case". This requirement could result in the exclusion of important evidence relevant to a witness' credibility. Obviously the same considerations ought to apply in determining the testimony upon which a witness may be contradicted by his own prior statements as apply in determining the testimony upon which he can be contradicted by proof through other witnesses. Consequently, like the "collateral fact" rule, this rigid rule of exclusion is abolished.

This section also has an important effect on the type of evidence that can be adduced respecting a witness' character for truthfulness. If a witness has a motive for lying, a trait of his character for truthfulness or untruthfulness is of obvious value in determining whether his testimony is true or false. Under the present law such a character trait can be proved by evidence of the witness' reputation, by expert opinion evidence, or by asking the witness on cross-examination about specific acts of misconduct that he might have committed. If the specific act of misconduct resulted in a conviction, that can be proved by extrinsic evidence if the witness denies it. This section permits a party to prove a witness' character trait for truthfulness or untruthfulness by any relevant

means. This liberalizes the present law by permitting lay witnesses to give their opinion of other witness' credibility, and by permitting extrinsic proof of a witness' past misconduct that tends to prove his character, if he denies such conduct. This liberalization ensures that evidence relevant to a witness' credibility will not be inadmissible because of an arbitrary rule that prohibits in all cases extrinsic proof of a witness' past misconduct. It also means that qualified witnesses can give their opinion of the credibility of other witnesses straightforwardly, rather than doing so under the guise of giving evidence of that witness' reputation in the community.

Section 63: As noted in the latter part of the comments to section 62, the law respecting admissibility of evidence to establish the character of witnesses has been liberalized by permitting all relevant evidence of this to be admitted. While this liberalization seems desirable to ensure that relevant evidence tending to prove a witness' character is not unnecessarily excluded, in many cases countervailing interests dictate that such character evidence itself should be excluded even though relevant. Often the evidence is not of much probative value and is confusing, time consuming, and perhaps most significantly causes great embarrassment to the witness. Witnesses must feel free to come forward with their testimony without fear of having their character blackened, sometimes completely unjustifiably. The requirement that the evidence be of substantial probative value is an effort to fairly reconcile these competing interests. The judge can also protect the witness from harassment or undue embarrassment by exercising his discretion under section 58(2). Also, of course, the evidence must be relevant for the purpose of proving his character for truthfulness. Under present law evidence about the witness' past misconduct, in particular, previous convictions, are often admitted even though it has no bearing on his character for truthfulness.

Section 64: Subsection (1) is based on the premise that whatever minor probative value a conviction for a crime might have, it is outweighed by the witness' interest in not having crimes revealed for which he has been pardoned or for which he has long ago paid his debt to society.

Many people feel that the unfairest evidence rule presently enforced is the rule that permits the prosecution to attack the

credibility of the accused as a witness by introducing his previous record, if any. Although the jury is instructed that they can use such evidence only to assess the credibility of his testimony, and not to infer the probability of his guilt, common sense tells us that such an instruction is very difficult to follow, and empirical studies support this judgment. The permissible use of such evidence discourages many accused people from taking the stand and severely prejudices those who do. Therefore, subsection (2) prohibits the Crown from introducing evidence of the accused's previous record for the purpose of attacking his credibility, unless the accused first attempts to support his credibility by introducing evidence of his good character. This section, however, does not prevent such evidence from being admitted where it is relevant for some other purpose.

Comment by Vice-Chairman Lamer

I have only one reservation with respect to substance — I would delete subsection (1) of section 64 for the following reasons:

Under section 63, evidence of the criminal conviction of a witness would be admitted only if it were of substantial probative value. Therefore, the only effect of sub-section (1) of section 64 would be to exclude substantially probative evidence of a witness' character trait when such evidence consists of a criminal conviction if pardoned or if five years have elapsed.

I fail to see why the court should not take into account a conviction which has substantial probative value. Furthermore, I disagree with the objective and purely arbitrary norm of five years. Also if the probative value of a conviction is substantial and if this evidence is not excluded under section 5, I fail to see how a measure of clemency could become a valid obstacle to its admissibility as evidence. The rules for "in camera" hearing could very well afford the witness appropriate protection without depriving the court of important evidence in the determination of the innocence or the guilt of an accused.

Furthermore, the combined application of sections 63 and 64 (1) could lead to the anomalous result that the conduct of a witness which resulted in a conviction could be proved, if of substantial probative value, but evidence of the conviction itself could not.

Finally, the only arbitrary rule respecting the admissibility of evidence is to be found in sub-section (1) of section 64. The Code proposed the repeal of all objective rules, such as corroboration, and I fail to understand why the situation provided for in sub-section (1) of section 64 would justify an exception.

Section 65: To ensure full effectiveness of cross-examination it is not necessary to disclose in advance to a witness any information

the examining party may possess respecting a previous statement made by the witness. To this extent this section simply restates the present law. The section also provides, however, that the judge has a discretion to require disclosure of the statement if it appears that counsel's examination of the witness is unfair. If a party wishes to prove by extrinsic evidence that a witness made a prior inconsistent statement, then of course the statement must first be revealed to the witness (see section 66).

Section 66: Before any fact relevant to the credibility of a witness is proved by extrinsic evidence, the witness should in fairness be given an opportunity to deny or explain the fact. This section restates the present law, except that it gives the judge a discretion to admit such evidence where it is impossible or inconvenient to recall the witness or explain the fact. For example, a witness might for one reason or another have become unavailable after the fact was discovered.

Opinion and Expert Evidence

Section 67: Generally a witness must have personal knowledge of the matters to which he testifies: section 52. However, existing law as a general rule excludes a witness' opinion. This exclusion was established at an earlier period when the word "opinion" referred to statements not based on personal knowledge. Later the word came to include inferences or conclusions based on observed facts, but the opinion rule was woodenly applied to exclude that type of opinion as well. The existing rule does not give undue difficulty, both because it is not applied strictly and because it has become riddled with exceptions, for example, in relation to questions of distance, size, identity, age, value or the emotional or physical state of a person. In fact, there is no clearcut distinction between what a witness states as a fact and as an opinion. Both are his personal judgment of what occurred. Moreover the justifications given for the rule do not bear analysis. One is that giving an opinion usurps the function of the trier of fact, but the trier of fact can agree or disagree with the opinion as it can with statements of "fact". It is also said that the witness' opinion is irrelevant, but the reasoned conclusion of a witness who perceived an event is surely relevant.

For example, as a matter of common sense and logic — which is what determines relevance — one would normally give weight to the statement of an eye witness that a road was treacherous. Accordingly, this section renders admissible a witness' inference and opinions so long as they are helpful to an understanding of his testimony or the determination of a matter in issue.

Section 68: It might place a cross-examining party in a difficult position if he were compelled to cross-examine a witness who has simply testified on direct examination that "In my opinion . . .". This of course is unlikely to happen since a party will usually be anxious to elicit all supporting evidence from his own witness. However, this section gives the judge a discretion to require a witness to state the basis of his opinion before he states his opinion if the judge considers such a course necessary to fairly elicit the facts.

Section 69: From the rule that a witness could not give an opinion, the courts in the 19th century developed a separate rule excluding a witness' opinion of the ultimate issue in the case on the ground that such an opinion usurps the functions of the jury. But, as is the case with opinions generally, the jury can ignore any testimony given by a witness. Furthermore, a broad formulation of the rule is unworkable because all evidence must relate to the ultimate issue and a narrow formulation covering such expressions as "the defendant is guilty" is unnecessary because such expressions fail to meet the criteria of helpfulness. The courts have recognized the futility of the rule, but it seems advisable to repeal it expressly.

Section 70: Existing law that experts may be used is codified here, but it is made clear that they may testify not only as to matters beyond the understanding of laymen, but whenever it would be helpful. Because of the expanding need of experts, the rule covers a broad range of possible witnesses.

Section 71: This section largely codifies existing law. Under existing law an expert may base his opinion on personal observation (for instance a physician may testify as to matters that he observed first-hand in treating a patient); facts made known to him before the hearing (for instance in giving his opinion about the condition of a patient he may rely on reports of nurses, technicians or other

specialists); or facts given in evidence and assumed by him to be true, (for instance after listening to the testimony, he may express his opinion about a person based on information given at the trial.)

Paragraph (*b*) may perhaps extend and qualify the present law. The courts have held that psychiatrists and land valuators may base their opinion on hearsay, such as reports given to them by others, but have not yet had occasion to extend the rule to all experts. This paragraph would permit any expert to base his opinion on hearsay. Such an extension is necessary if the courts are to make the most effective use of expert knowledge. The safeguard against unreliable evidence is the paragraph's requirement that the facts relied upon by the expert must be "of a kind reasonably relied upon by experts in the field in forming opinions or inferences on the subject."

Section 72: Under existing law, at least in criminal cases, there is no requirement to disclose the substance of the testimony of expert witnesses before trial. But the adversary process is predicated on the basis that a party may not only present his case in its most favourable light, but be able to thoroughly challenge his opponent's case. It is particularly difficult to do the latter effectively without advance notice and preparation when experts are called. Moreover, advance notice saves time by assisting in the identification of the contentious issues, and by rendering unnecessary adjournments to permit a party to cope with evidence that takes him by surprise. In civil cases there is a statutory trend in the direction of requiring experts to exchange reports before testifying, and this is increasingly becoming the practice in criminal cases in many jurisdictions.

Section 73: Existing law gives a judge power to call expert witnesses, but the power is rarely used. However, the present practice of having experts called by the parties is subject to the criticism that parties seek only experts favourable to their cause. Accordingly, even though seldom used, the right of the court to appoint experts could be a useful corrective, and is, therefore, retained. The rule is largely self-explanatory but it may be mentioned that if the rule is adopted, provision would have to be made for compensation in criminal matters. The rule does not, of course, affect the right of a party to call expert witnesses of his choice.

PART III – REAL EVIDENCE

General

Section 74: Generally when real evidence, e.g., physical objects, sites, views (see subsection (2)), is presented to the trier of fact, the trier of fact is permitted to draw all reasonable inferences from its examination of that evidence. In the case of certain real evidence, however, such as for example a view of a site or a presentation under certain circumstances of any injury or of motion pictures, the trier of fact may be limited to using the evidence for the purpose of understanding testimonial evidence. This distinction seems unnecessary and in any event it seems doubtful if the trier of fact can properly apply it. Consequently, this section provides that the trier of fact may draw all reasonable inferences from any real evidence.

Proof of Contents of Writings, Recordings and Photographs

Section 75: Lawyers are familiar with the "best evidence rule". Unfortunately this phrase is misleading in that the rule only applies to matters like written documents. Therefore the title to this part, while it deals with what lawyers refer to as the "best evidence rule", attempts to state more precisely the scope of the rule.

Basically the best evidence rule is not an exclusionary rule, but one of preference. It requires a party who wishes to prove the content of a written document, recording or photograph to produce the original unless he can satisfactorily explain why he cannot do so. The rule was designed to prevent fraud and to ensure that evidence of the matter recorded in a document was not distorted by faulty recollection or inaccurate reproduction. In civil proceedings, at least, the right to have documents in the possession of the other party produced before trial has greatly reduced the need for the rule. However, in criminal cases and in some instances in civil cases, a rule that compels a party who seeks to prove the contents of a writing or similar matter to produce the original still serves the useful purpose of ensuring that the best evidence is before the court.

The section states the general rule that if a party wishes to prove the contents of a writing, recording or photograph he must produce the original (for a definition, see section 81(*b*)). Like the present law the rule only applies where it is intended to prove the contents. In some situations, such as proving the terms of a will or deed, the contents of a writing must necessarily be proved. However, in other situations even though there is a relevant writing a party may give testimony that does not involve its contents, and thus the rule does not apply. For example, a witness may give evidence about what he heard another person say without being compelled to produce a transcript of the conversation even though one was made. The witness is giving evidence about what he heard and not about the contents of the writing. Similarly, if the issue is the existence or delivery of a document and not its contents, the rule does not apply.

Section 76: Since the object of the best evidence rule is to ensure the accuracy of evidence about writings, a duplicate, which will always be an accurate reproduction of the original (see the definition in section 81(*a*)), is given the status of an original except when a question about the authenticity of the original is raised or it would be unfair to admit the duplicate. This rule will save time and expense in the situation, for instance, where a carbon or photocopy of a writing is more convenient to produce than the original.

Section 77: As stated in the comments to section 75, the best evidence rule is a one of preference, not of exclusion. The original is required because it is the best evidence of the contents of the writing, recording or photograph. Where, therefore, the original is lost or cannot be obtained by the party wishing to offer evidence of the contents of a writing, he is permitted to offer other evidence of its contents.

Any such other evidence may be used. It would give rise to unnecessary complexity and inconvenience to grade secondary evidence. Sometimes proof may best be made by a duplicate, at other times by a recorded copy, and sometimes in some other way. The proponent of such evidence will be under pressure to provide the best secondary evidence because his witness can be cross-examined about it.

Paragraphs (*a*), (*b*) and (*c*) set out well established situations where the preference for the best evidence, the original, cannot be met and therefore other evidence of its contents is admissible. Paragraph (*d*) codifies what has been at least a rule of practice. In the course of giving testimony a witness often incidentally refers to the contents of a writing. To require every such writing to be produced would be a waste of time and would not add appreciably to the accuracy of fact-finding. Therefore, if a writing is not closely related to a controlling issue, the original does not have to be produced.

Sections 78-80: These sections provide for three qualified exceptions to the best evidence rule. Certified copies of public records are admissible since the removal from their proper custody of original public documents is not feasible: section 78.

Summaries of voluminous writings such as account books are admissible. The production and inspection by the court of the original of voluminous writings would often prove inconvenient and a waste of time for the court: section 79. A written or testimonial admission by a party of the contents of a writing is likely to be accurate. Section 80 thus provides for such an exception to the best evidence rule.

Section 81: This section contains a number of essential definitions. This Part applies to writings, recordings and photographs: section 75. These terms are defined to embrace virtually any means of storing information. "Photographs", for example, includes motion pictures, and "writings" and "recordings" include such matters set down by magnetic impulse and electronic recordings.

While what constitutes an original may not be clear in all contexts, the word is given a common legal meaning in paragraph (*b*). It includes not only the first writing prepared but also every writing the parties intended to have the same effect. Thus if the parties to a contract each take a carbon, photostat or other copy of a contract intending that it shall represent the contract, each copy is an original. While in some contexts the original of a photograph is considered to be the negative, the definition provides that a print taken from the negative is also an original. Finally, the paragraph of necessity provides that a computer printout is an original.

Modern techniques of reproducing writings are highly reliable. Therefore, section 76 treats duplicates as originals except in certain circumstances. Duplicates are defined in section 81(*a*) to include all counterparts of the original produced by a technique that accurately reproduces the original.

PART IV – JUDICIAL NOTICE

Section 82: The law and some facts need not be proved in court in the usual manner by testimony or by observation of real evidence. The judge or jury is entitled to determine the matter on the basis of their own knowledge or of information informally presented to them. This is referred to as taking "judicial notice" of a matter. This Part of the Code prescribes the matters of which the judge or jury may take judicial notice and the procedure which is to be followed when a matter is judicially noticed.

Section 83: A judge or juror would not be able to understand the evidence presented to them unless they were familiar with and could assume certain facts not proved by the evidence. Thus when a witness testifies that he observed a car in a lot, the judge or jury will necessarily associate an object with the word "car", even though no evidence was introduced as to its meaning. Evidence would not normally be offered at a trial to prove the proposition that a car travelling eighty miles per hour cannot stop within a distance of ten feet; that a horse is a four-legged animal; that a gun is a dangerous weapon; or that the sun does not shine at midnight in Ottawa. It would consume an endless amount of time if all these facts had to be independently proved. Therefore, the parties are entitled to assume that the trier of fact, be he judge or juror, will bring his common sense and experience to bear in reasoning about the evidence presented. Subsection (1) thus states a necessary rule, that matters of common knowledge must be judicially noticed.

As well as matters known by all persons of average intelligence and experience, some matters are well-known within the territorial jurisdiction of the court or are readily and accurately verifiable by resort to sources whose accuracy cannot be reasonably questioned,

and are, therefore, also not the subject of reasonable dispute. It would be a waste of the court's time to have these facts proved according to the rules of evidence. Subsection (2) thus provides that they may be judicially noticed, and this is made mandatory by section 85(1) if a party requests it and furnishes the judge with sufficient information to do so. These facts may include facts of local history or geography, or scientific, historical, geographical or chronological facts verifiable by reference to such sources as treatises, maps, almanacs or encyclopedias. The concept of judicial notice is obviously an expanding one. Thus a few years ago it was necessary to prove that radar speedmeters can measure the speed of cars; now this can be judicially noticed.

Judges in attempting to discern the policy or purpose behind a law must necessarily have regard to the facts that underlie the formulation of the law. In applying the law they often have to consider the factual consequences of their decision. To ensure that judges are able to inform themselves to the greatest extent possible in deciding questions of law, subsection (3) provides that facts used in determining the law may be judicially noticed.

The general economic and social facts that the judge uses in determining the law have been referred to as legislative facts. In the past judges have most frequently taken judicial notice of them expressly in determining the constitutional validity of statutes. For instance in determining the constitutional validity of a provincial statute imposing a tax on banks, the courts have taken judicial notice of economic facts in assessing the impact of the tax on banks. Also in determining customary international law, courts have taken judicial notice of general and particular acts of state practice.

Section 84: The courts are expected to know the constitution and the general law and have by statute long been required to take judicial notice of matters published in the *Canada Gazette* and the official gazettes of the provinces. However, there are anomalies under existing law regarding the extent to which delegated legislation, private acts and decisional law of the provinces can be judicially noticed. Subsection (1) generally codifies existing law but removes these anomalies.

It would be too burdensome to require the judge to take judicial notice of the less accessible laws and regulations. Existing

law requires most of them to be proved but there are statutory exceptions. Section 84(2)(*a*) permits all these to be judicially noticed in the judge's discretion, and section 85 makes this mandatory if a party requests it and furnishes the judge with sufficient information to do so.

Under existing law foreign law must be proved as a fact by calling an expert witness; otherwise the judge must apply the law of the court's jurisdiction. Today, however, foreign law is often relatively easy to determine by resort to textbooks and foreign statutes. Therefore, section 84(2)(*b*), by permitting the judge to take judicial notice of the foreign law, will enable him to decide the most appropriate method of informing himself about it. Section 84(3) goes on to permit the judge to apply local law if he cannot determine the foreign law, or to dismiss the action. Existing law would compel him to apply local law, even if the foreign law was likely to be radically different.

Section 85: It would place an undue burden on the judge to require him on his own initiative to find the necessary information to enable him to take judicial notice of the matters mentioned in sections 83(2) and 84(2). Therefore, judicial notice of these matters is discretionary. However, if a party requests the judge to take judicial notice of any such matter and gives notice of such request to the adverse party and furnishes the necessary information, section 85(1) provides that judicial notice is mandatory.

Subsection (2) provides that the judge may, in considering whether to take judicial notice or what facts to notice, decide in each case the most suitable sources of information to consult.

Subsection (3) recognizes the need for procedural fairness to all parties when a matter is or has been judicially noticed by affording each party the opportunity to be heard regarding the propriety of taking judicial notice and informing him of the sources of information used.

If the judge decides that a matter is to be judicially noticed, a party cannot present evidence disputing the fact before the jury. It would be a waste of time to permit a party to dispute before the jury a fact that the judge has decided is beyond reasonable dispute. The judge must instruct the jury to accept that fact (subsection (4)).

In accord with present practice, subsection (5) provides that judicial notice may be taken at any stage of the proceedings: pre-trial hearings, trial, or on appeal.

TITLE VI – APPLICATION

Section 86: The existing *Canada Evidence Act* prescribes rules of evidence for criminal proceedings and proceedings before the Federal Court and for appeals to the Supreme Court from these. Under subsection (1), the Code is given the same application. The Code has not been extended to such matters of federal jurisdiction as divorce, patents, bills of exchange, patents and bankruptcy because, apart from problems of determining constitutional boundaries in cases arising before provincial courts, these matters must frequently be dealt with in conjunction with matters over which the provinces have exclusive jurisdiction. For example, a person may in the same action seek both a contractual remedy and one under the *Bills of Exchange Act*. To avoid the possibility of two sets of evidence rules, federal and provincial, applying in the same action, the Code was not made applicable to these proceedings.

The rules of evidence (other than the general rules of relevance and of exclusion for undue consumption of time, prejudice and the like, and the rules of privilege) have generally not been applied to the determination of preliminary facts, to the taking of judicial notice and to hearings for the determination of sentences, granting of discharge, issuance of summonses and warrants, release on bail or otherwise, or granting or revoking probation. This is continued by subsection (2).

Section 87: The Code is not generally applied to administrative adjudications, since rules of evidence are largely inappropriate to them. It is, therefore, better for administrative bodies to apply such rules of evidence as may be appropriate. However, the basic rules of relevancy and the exclusion of time-consuming, confusing, misleading or prejudicial evidence should apply to all rational

fact-finding bodies. The rules of privilege, being intended to protect important social values extrinsic to the fact-finding process, should equally be applied. These are made applicable to all federal administrative adjudication by this section.

TITLE VII – ABROGATION AND REPEAL

Section 88: Under existing law, in criminal trials in which the evidence of the criminal act is substantially circumstantial, the jury must be instructed in accordance with the rule in *Hodge's* case. That is, they must be instructed that before they can find the accused guilty they must be satisfied that the circumstances proved in evidence are not only consistent with the accused having committed the act, but also that they are inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person. Canada appears to be the only jurisdiction in the common law world now requiring this instruction. It adds nothing to the instruction that the trier of fact must be convinced of the accused's guilt beyond reasonable doubt and it very likely simply confuses the jury. Paragraph (*a*), therefore, abrogates it.

Paragraph (*b*) abrogates the various rules requiring evidence to be corroborated or requiring the jury to be warned of the danger of uncorroborated evidence. Under the present law an accused cannot be convicted on the strength of the testimony of an unsworn child or of a victim of certain sexual offences unless the testimony of these witnesses is corroborated. With respect to other types of witnesses, accomplices, children who give sworn testimony, and victims in certain other sexual offences, the jury must be cautioned by the judge that although they may convict on the basis of the testimony of these witnesses, it is dangerous to do so unless their testimony is corroborated. Finally, under the present law the testimony of only one witness is insufficient to sustain a conviction for perjury, treason and forgery. We recommend the abolition of all of these exceptions to the general rule that the evidence of a single competent witness is sufficient in law to support a verdict.

The Code throughout is based on the premise that juries have the necessary experience and common sense to evaluate the testimony before them, and in doing so to take into account such matters as its source and the fact that it is unsupported by other evidence. There is no evidence to suggest that juries are more likely to be misled by the evidence of accomplices, the victims of certain sexual offences, or young children than by any other witness. And there is no reason why cross-examination and counsel's argument to the jury cannot expose the frailties of the testimony given by these witnesses as effectively as it exposes the weaknesses in the testimony of any other witnesses.

The necessity of corroboration to support a conviction for the crimes of perjury, treason and forgery is historically anomalous. See Study Paper No. 11, *Corroboration*. No compelling justification remains for treating these crimes differently from any other crime in this regard.

Section 89: The section deals only with directly relevant statutes. No attempt has been made to deal with the many consequential amendments that may be required.

The Code covers most of the material in the *Canada Evidence Act* so it should be repealed. There are, however, a number of provisions of a procedural nature that should be retained in a separate statute. Examples include those governing evidence relating to proceedings in courts out of Canada, those governing the taking of affidavits abroad, and those adopting certain provincial procedures.

Section 41 of the *Federal Court Act* dealing with Crown privileges would be superseded by section 42 of the Code.

The provisions repealed in paragraphs (*b*) and (*d*) are rules respecting corroboration discussed in section 88. Section 19(1) of the *Juvenile Delinquents Act* deals with children's oaths and would be superseded by sections 50 and 51 of the Code.

Comments on Structure

There are many ways of structuring a code. All the members of the Commission have agreed to the structure in the report, since it meets in a reasonable way the needs of the various audiences to which it is addressed. The following comments set forth two of the alternatives considered by the Commission.

Comment by Vice-Chairman Lamer

In the first place, Part II of Title I contains only two general provisions and not all the general provisions of the Code of Evidence, as its heading suggests. Also, sections 86 and 87, which appear at the end of the structure proposed below, should preferably be inserted after sections 1 to 3. These two sections also deal with the general application of the provisions which follow. It would seem to me preferable to indicate the exact range of application of the Code at the beginning so that the reader may decide at that point whether or not to continue reading.

Secondly, Title IV deals with the "admissibility" of evidence, Part I of which contains a list of rules of exclusion. For clarity, these rules should be grouped according to the underlying principles, as suggested in the proposed structure. Moreover, this Part is incomplete. It leaves out other rules of exclusion contained in Title V, such as those in sections 62, 63, 64 and 66.

Thirdly, Title IV does not take into account that there are two fundamental rules which govern the admissibility of evidence, admissibility dealt with under Part I of the plan, and compellability and competency dealt with in the proposed plan only under Title V (Methods of Establishing Facts).

Finally, Part II of Title V contains rules which do not relate to methods of establishing facts by witnesses, as was pointed out earlier.

The proposed structure I feel is preferable. Its Title I contains all the general provisions. Title IV, in my opinion, seems to establish more clearly the conditions respecting the form and substance of the admissibility of evidence. In this last regard, it groups the traditional rules of exclusion according to their principal rationale. Finally, Title V, dealing with methods of establishing facts, no longer contains provisions which do not strictly relate to the application of such methods.

EVIDENCE CODE

CONTENTS

		Articles
TITLE	I — GENERAL PROVISIONS	1 to 3, 86, 87
TITLE	II — DECISION MAKING POWERS RESPECTING EVIDENCE	6 to 11
TITLE	III — BURDENS OF PROOF AND PRESUMPTIONS	
PART	I — BURDENS OF PROOF	12—13
PART	II — PRESUMPTIONS	14
TITLE	IV — CONDITIONS RESPECTING THE ADMISSIBILITY OF EVIDENCE	
SUB-TITLE	I — Authentication and Identification	46 to 48
SUB-TITLE	II — Rules respecting admissibility	

PART I — GENERAL PROVISIONS 4

PART II — EXCLUSION OF EVIDENCE FOR THE PROTECTION OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE 5, 15, 16

PART III — EXCLUSION OF EVIDENCE FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS ..... 17 to 20, 62 to 64, 66

PART IV — EXCLUSION OF EVIDENCE FOR LACK OF PROBATIVE VALUE ..... 27 to 31

PART V — EXCLUSION OF EVIDENCE FOR EXTRINSIC POLICY REASONS

A — Transactions, compromise, preventive measures ..... 21 to 26

B — Privilege ..... 32 to 45

SUB-TITLE III — Rules respecting compellability and competency ..... 54 to 57

TITLE V — METHODS OF ESTABLISHING FACTS

PART I — GENERAL PROVISIONS 49

PART II — WITNESSES

A — General provisions ..... 50 to 53

B — Manner of questioning witnesses ..... 58 to 61, 65

C — Expert and opinion evidence ..... 67 to 73

PART III — REAL EVIDENCE

A — General provisions 74

B — Proof of contents of writings, recordings and photographs ..... 75 to 81

PART IV — JUDICIAL NOTICE ..... 82 to 85

TITLE VI — ABROGATION AND REPEAL ..... 88—89

Comment by Commissioner La Forest

The organization of the Code is the culmination of a process in which it was sought to accommodate divergent preferences. Consequently the specific sequence of sections will not be wholly satisfactory to any of the participants. For my part I can live with it. It is a reasonably good arrangement and is logically defensible. If I have decided to comment, it is because it raises a more fundamental issue: how to make laws as intelligible as possible.

I regret that we fell into the trap of a highly structured logical scheme adorned with such legal trappings as interlocking titles and parts. This has a place, no doubt, in organizing massive pieces of legislation such as the Criminal Code. But what I think is called for here is a simple structure that begins with the organizing principles of the subject matter and then deals with specific features in an order that can be easily understood without mastering a pre-conceived logical plan. In doing this logic is a useful tool, but it cannot become the master. The material must govern the organization and not the other way round. And one must have an eye to one's audience.

Various members of the Commission have made much of the necessity of so writing laws that the layman can readily understand them, and we have taken some steps in this regard described in the Introduction. I am perhaps not as sanguine as some of my colleagues about the extent to which this can be done. But I do think it is important to try and that this might incidentally lead to making laws more intelligible to lawyers as well. (This, along with the fact that the Code is our first attempt at drafting legislation, justifies this approach to a matter that is of primary concern to lawyers). I am convinced, however, that if we wish to make laws clearer we will have to be much more concerned about order of presentation than we have been, and we must be prepared to look beyond traditional organizing principles of statutes, whether that tradition be common law or civilian.

The Code, as organized, achieves many of the objectives regarding presentation I have mentioned. Evidence is primarily concerned with the matters that may be considered in determining facts in judicial proceedings. Consistently with this the Code (immediately after dealing with its purpose and construction) sets

forth the cardinal principles of evidence law—that all relevant evidence is admissible, subject to a discretion to exclude matters that may unduly prejudice, mislead or confuse or take up too much time. One could quite effectively preside over a judicial proceeding by relying on these two principles alone. The Code quite properly deals with a number of general rules inherent in these cardinal principles at a later stage in the appropriate contexts (for example, the rules that, with certain specific exceptions all persons are competent and compellible as witnesses and that witnesses may not refuse to testify on the ground of privilege). In other aspects, however, there are departures from this rather common sense approach; instead there is a too rigid adherence to formalized logic. I can perhaps best elucidate this by explaining what I think is wrong with a rigid logical order from the standpoint of making material readily understandable.

It must be recognized at the outset that a formal logical scheme must necessarily be somewhat arbitrary. Some rules may quite properly be placed in one of several contexts (thus presumptions may be looked upon as an aspect of the burden of proof, or as a mode of proof). Others may serve more than one function (for example, the exclusion of evidence regarding repairs made subsequent to a matter in issue may be justified on the ground that its probative value is generally outweighed by considerations of time, but it may also be justified on the ground extrinsic to the judicial process that certain actions should be encouraged).

More important, when one is locked into a tight logical scheme, matters may be dealt with in an order that rather offends common sense. One minor example in the Code is that it deals with the privileges of witnesses (quite logically as a matter of admissibility) before dealing with witnesses at all. One less addicted to a formal logical scheme would rather expect the reverse. A real lust for linear logic might even require that the informing principles of the Code (sections 4 and 5) be moved down to section 15 under "Admissibility" as we did in an earlier version.

Conversely, rigid adherence to preconceived logic may inhibit postponing treatment of technical or subsidiary matters to the latter portions of the Code. An example is "Authentication and Identification". Similar, though admittedly more difficult, is the question

of where to put the application sections. Common sense supports logic in putting these first if they are simple, but where they become rather complex and technical (as in the Code), they can be dealt with towards the end as a technical issue. This avoids de-emphasizing the early sections that set forth the general picture. If one feels something should be said immediately to inform the reader about application, a simple "scope" section can be put in as section 1 stating that the Code applies to proceedings governed by the law of Canada to the extent set forth in the appropriate sections. Sections supporting structure are not unknown to a formal logical scheme. Thus section 49 of the Code, which sets forth the modes of establishing facts, adds nothing to section 4; it could appropriately be dealt with in comments.

I find it unnecessary to draw up a specific organization. As I mentioned my main concern is with the general point. I am not really unhappy with the general organization of the Code.

Publications

Many research studies on Evidence were prepared for the commission, of which the following were published as study papers during the period 1972-75:

Study Paper 1 – Competence and Compellability

Study Paper 2 – Manner of Questioning Witnesses

Study Paper 3 – Credibility

Study Paper 4 – Character

Study Paper 5 – Compellability of the Accused and the Admissibility of His Statements

Study Paper 6 – Judicial Notice

Study Paper 7 – Opinion and Expert Evidence

Study Paper 8 – Burdens of Proof and Presumptions

Study Paper 9 – Hearsay

Study Paper 10 – The Exclusion of Illegally Obtained Evidence

Study Paper 11 – Corroboration

Study Paper 12 – Professional Privileges Before the Courts

Commission de réforme du droit du Canada
Law Reform Commission of Canada

RAPPORT

la preuve

1

Canada

PREMIER RAPPORT

LA PREUVE

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1977

Disponible gratuitement par la poste:

La Commission
de réforme du droit
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Ontario K1A 0L6

N° de catalogue J31-15/1975
ISBN 0-662-51261-8
Réimprimé 1977, 1981 et 1982

Commission de réforme du droit du Canada | Law Reform Commission of Canada

Décembre 1975

L'honorable S. R. Basford,
Ministre de la justice,
Ottawa, Ontario.

M. le Ministre.

En conformité avec les dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre par les présentes le rapport ainsi que les propositions de la Commission résultant de ses recherches dans le domaine du droit de la preuve.

Respectueusement,

E. Patrick Hartt
président

Antonio Lamer
vice-président

J. W. Mohr
commissaire

G. V. La Forest
commissaire

RAPPORT
SUR
LA PREUVE

Table des matières

Remerciements ix

Introduction 1

Code de la preuve 15

Commentaires sur le Code de la preuve 55

Commentaires sur les articles 57

Commentaires sur la structure du Code 125

Publications 131

Remerciements

Au cours des quatre dernières années et demie, la Commission a reçu un apport significatif à ses travaux sur le droit de la preuve, de nombreuses personnes, du barreau et de plusieurs autres groupes professionnels et organismes. Nous tenons à exprimer notre gratitude à tous ces collaborateurs. Nous sommes particulièrement redevables à la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique qui—quoiqu'elle ne soit nullement responsable du produit final—a contribué tout au cours de nos travaux des commentaires et des critiques fort utiles. Nos remerciements s'adressent aussi au juge en chef Fatzer de la Cour suprême du Kansas qui, grâce au juge Spencer Gard, président du comité responsable de la rédaction du *Uniform Code* des États-Unis, nous a permis d'acquérir une connaissance intime de la mise en application d'un Code de la Preuve. Enfin, nous voulons exprimer ici nos remerciements aux anciens commissaires, ainsi qu'aux conseillers et recherchistes qui ont largement contribué aux travaux de la Commission en ce domaine. Ce sont:

Conseiller particulier

Neil Brooks

Recherchistes

Jean-Louis Baudouin

Monsieur le juge Ronald J. Delisle

Monsieur le juge René J. Marin
Graham Murray
Monsieur le juge H. G. Oliver

Conseillers de l'extérieur

Anthony Doob
Bruce McDonald
Stanley A. Schiff
Paul C. Swingle
E. A. Tollefson

Anciens commissaires

M^me^ le juge Claire Barrette-Joncas
Monsieur le doyen Martin L. Friedland
John D. McAlpine
Monsieur le juge William F. Ryan

Secrétaire

Jean Côté

Introduction

Le problème

Il n'y a rien de plus fascinant pour le profane que d'observer un avocat plaider lors d'un procès. La popularité dont ont joui il y a quelques années certaines émissions télévisées du genre Perry Mason en est la preuve. L'habileté de Perry Mason à extirper la vérité des témoins, à recueillir des preuves, à les faire déclarer admissibles et à confondre ses adversaires, a soutenu l'intérêt des spectateurs pendant de nombreuses années.

Mais si, pour le public, le procès et toute la stratégie qui l'entoure se prête parfaitement à une émission à caractère dramatique, il n'en est pas toujours de même pour ceux qui y participent dans la vie réelle. C'est peut-être la partie du droit qui les intéresse le moins, à moins que ce ne soit la terminologie juridique, sujet dont nous traiterons plus loin. Quand ils cherchent à dire la vérité à leur façon, on leur oppose des règles techniques qui leur paraissent parfois arbitraires. Ces règles ont pour effet d'exclure, à titre du ouï-dire ou parce qu'ils causeraient un préjudice à l'une des parties ou pour quelqu'autre raison, des éléments de preuve que des hommes raisonnables utilisent couramment pour décider de l'existence de certains faits. De plus, les parties sont souvent sidérées par les retards et les frais qui en résultent. George Herbert l'a exprimé ainsi: «Les procès coûtent cher en temps, en argent, en repos et en amis.»

Ces critiques sont presque universelles. Un proverbe italien les résume très bien: «Au jardin de l'avocat, un procès est un arbre fruitier qui s'enracine et ne meurt pas.»

Si les critiques concernant la durée, la complexité et les frais qu'entraîne le procès sont universelles, notre système judiciaire avec ses règles particulières relatives à l'admission des preuves, fait de la procédure qui régit le procès une cible encore plus choisie pour ce genre de reproche que le système en vigueur dans d'autres pays occidentaux. En effet on ne peut nier qu'il existe en matière de preuve, une différence marquée entre le système de common law et celui d'autres pays occidentaux. En fait, on peut affirmer que d'une manière générale, ces divers pays n'ont pas de règles de preuve, c'est-à-dire de règles concernant l'admissibilité des preuves. Il est certes légitime de s'interroger sur la nécessité d'un tel ensemble de règles quand on voit à quel point elles ajoutent aux frais inhérents à un procès. Après tout, non seulement les tribunaux européens, mais un grand nombre de nos tribunaux administratifs et conseils d'arbitrage s'en passent très facilement. Or ces derniers ont souvent à trancher des questions qui sont à tout le moins d'une importance égale à celles dont sont saisis les tribunaux.

La raison d'être des règles de preuve

Avant de s'attaquer à cette question, il convient de comparer dans leurs grandes lignes le type de procès qui caractérise notre système et celui qui caractérise le système européen. Celui-ci est essentiellement de type «inquisitoire». Le juge joue un rôle prédominant dans l'administration de la preuve. Il décide des témoins à convoquer et il les interroge; quant à la prise des dépositions en sténographie, elle se fait généralement avant le procès proprement dit. De plus, le système européen accorde une grande importance à la preuve littérale, y compris aux consignations certifiées par notaire d'événements de toutes sortes. En revanche, notre système est de nature «accusatoire». Chacune des parties fournit les éléments de preuve à l'appui de sa version des faits, et le juge assume en général le rôle d'arbitre impartial qui entend et tranche les questions en litige. Il est vrai que le juge n'est pas uniquement

un arbitre. Le cas échéant, il doit intervenir dans le débat pour préserver les intérêts de la justice, car c'est là l'objectif principal du système judiciaire. Mais il doit dans la mesure du possible ne pas se mêler à la contestation de crainte de jeter un doute sur son impartialité. Les parties jouissent donc d'une grande latitude dans la présentation de leur cause sous réserve toutefois des règles de preuve.

Les deux systèmes ont leurs adeptes pour prétendre que l'un ou l'autre permet le mieux de découvrir la vérité. Quoi qu'il en soit, on peut affirmer que le système accusatoire a, pour l'essentiel, atteint cet objectif de façon satisfaisante. C'est également le régime le mieux adapté aux exigences d'impartialité et d'apparence d'impartialité inhérentes à une instance judiciaire. De plus, dans sa forme actuelle, l'appareil judiciaire sert de rempart contre les pouvoirs arbitraires de l'État, en plus d'être perçu de cette façon. Comme nous l'avons souligné dans notre document de travail intitulé *La communication de la preuve*, il n'existe aucune raison valable d'opter en faveur du système inquisitoire compte tenu du réajustement majeur auquel donnerait lieu une telle décision. En adoptant des règles de preuve et des pratiques inspirées du modèle européen, il faudrait créer un nouveau type de juge et effectuer un réaménagement complet des structures à l'intérieur de l'administration de la justice.

Par contre, si on reste fidèle au système accusatoire, il faut en accepter les conséquences au niveau du droit de la preuve. Un système qui oblige les parties à prouver elles-mêmes ce qu'elles avancent, présuppose à tout le moins l'existence chez le juge du pouvoir discrétionnaire de faire certaines choses: examiner attentivement la preuve pour s'assurer de sa pertinence; faire en sorte, en particulier lorsqu'il y a un jury, qu'on n'accorde pas trop de poids à un élément de preuve assez peu digne de foi; éviter que le débat ne se prolonge indûment, par exemple en raison de la citation d'un nombre exagéré de témoins concernant un point particulier; veiller à exclure certaines catégories de preuves pour des considérations étrangères à la procédure (par exemple pour protéger les secrets d'État). En outre, un système qui permet aux parties d'interroger les témoins doit, d'une part, empêcher qu'un avocat suggère à ses témoins la déposition qu'il désire entendre, sans égard

à la vérité, et d'autre part, qu'il puisse harceler ou intimider les témoins de son adversaire. Il est vrai qu'on pourrait atteindre la plupart de ces objectifs en accordant au juge un pouvoir discrétionnaire absolu sans assujettir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire à quelque règle que ce soit. C'est ce qui se produit souvent devant les commissions administratives ou les arbitres *ad hoc* qui adoptent la procédure contradictoire. Mais il est important que l'administration de la justice soit uniforme. Avec des tribunaux répartis aux quatre coins du pays, on ne peut obtenir ce résultat sans édicter de règles visant à encadrer l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. De plus, il faut qu'au moment de la préparation du procès, les plaideurs connaissent le genre de faits susceptibles d'être pris en considération. C'est ce qui explique l'existence des règles de preuve.

La complexité des règles de preuve

S'il est possible de justifier l'existence des règles de preuve, il ne s'ensuit pas qu'elles doivent présenter le degré de complexité qu'elles ont atteint. Or il ne fait pas de doute qu'elles sont fort compliquées, et malaisées à dénicher. Wigmore, la grande autorité américaine en matière de preuve, a besoin de onze tomes volumineux pour exposer le droit de la preuve. Quant à Phipson, l'autorité anglaise dont on utilise abondamment le traité au Canada, il cite 7,000 arrêts, ce qui a amené le doyen Wright à faire une remarque assez sarcastique dans son commentaire à l'occasion de la réédition du volume: «A l'instar des éditions antérieures, celle-ci est très utile pour démontrer sans équivoque qu'à peu près tout élément de preuve est inadmissible.» Voici comment, à juste titre d'ailleurs, on a décrit le droit actuel en matière de preuve: «Une prolifération de prétendues règles de droit, de nuances qu'on apporte aux règles, de distinctions qu'on apporte aux nuances, de nuances et de distinctions dans les exceptions, et ainsi de suite jusqu'à l'infini.»

Comment peut-on s'attendre à ce que dans le feu de l'action, le juge soit en mesure de trancher les questions délicates susceptibles de se poser à tout moment concernant l'admissibilité d'un élément de preuve? Comment s'attendre à ce qu'il évalue, souvent

sous l'impulsion du moment, les nombreux arrêts carrément contradictoires ou subtilement distincts que lui citent les parties? La réponse est évidente: cela n'est pas possible. Personne ne peut connaître parfaitement les ouvrages de Wigmore ou de Phipson, ni la masse de décisions judiciaires qui constituent le droit de la preuve. Bien souvent, le droit de la preuve fonctionne à partir de l'ignorance. Il n'est certes pas souhaitable qu'il en soit ainsi, car c'est l'uniformité de l'application du droit qui en souffre. Or ce problème est d'autant plus sérieux lorsque les parties en présence ne sont pas d'égale force.

On peut donc se demander à quoi est attribuable la complexité des règles de preuve. Elle tient en partie à la nature du procès par jury, et en partie à ce qu'on peut considérer rétrospectivement comme étant une interprétation erronée de la doctrine du précédent. Dans un procès avec jury celui-ci tranche les questions de fait, tandis que le juge tranche les questions de droit. Mais à l'époque où le procès par jury a pris son essor, les jurés étaient pour la plupart des hommes simples, ignorants et souvent sans expérience. C'est pourquoi le juge devait non seulement se prononcer sur la pertinence de la preuve, mais aussi en rejeter certains éléments comme le ouï-dire auquel des personnes non averties risquaient de donner une importance exagérée, et, d'une manière générale, conduire le procès. A mesure que les juges rendaient ces décisions, lesquelles s'avéraient souvent, mais pas toujours, sages en l'espèce, elles prenaient valeur de précédents et il fallait s'y conformer dans des situations semblables. Lorsqu'elles ne s'appliquaient pas parfaitement aux circonstances nouvelles ou qu'elles n'apparaissaient pas bien fondées, les juges ont dû faire toutes sortes de distinguos. A cela s'ajoutaient parfois des modifications législatives qui, en raison de leur caractère souvent très ponctuel, recevaient une interprétation restrictive. Voilà pourquoi le droit actuel est si alambiqué.

La conjoncture n'étant plus la même de nos jours, cette manière de procéder est maintenant chose du passé. La quasi-totalité des affaires civiles et au moins 95 p. 100 des affaires criminelles étant instruites par un juge seul, cette attitude d'extrême circonspection vis-à-vis de la réception d'une preuve n'a plus sa raison d'être. Les juges ont l'habitude d'évaluer la preuve; de toute

façon, ils doivent d'abord prendre connaissance de l'élément de preuve litigieux avant de se prononcer sur son admissibilité. Les choses ont changé même dans le cas d'un procès avec jury. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus raffinés et plus instruits que dans le passé.

Notre solution

Si nous demeurons convaincus de la nécessité des règles de preuve pour assurer à la procédure judiciaire un degré raisonnable de cohérence, nous n'en pensons pas moins le moment venu de les reformuler dans une optique plus vaste. Selon nous, elles doivent se caractériser par leur accessibilité, leur clarté et leur souplesse. De plus, comme pour toute règle de procédure, elles doivent conférer une certaine dose de discrétion à celui qui préside l'audience, en l'occurrence le juge, pour lui permettre de les appliquer d'une manière raisonnable. Il n'est pas possible de prévoir tous les cas sans se perdre dans les détails.

Qu'on nous comprenne bien. Nous ne suggérons pas de tourner purement et simplement le dos au passé. De fait nous voulons décanter l'expérience du passé pour en conserver les meilleurs éléments. Beaucoup de règles existantes sont sages et ont subi l'épreuve du temps, en plus d'être bien connues de la profession juridique, ce qui n'est pas un mince avantage. Il n'est donc pas question de les éliminer. Il en est d'autres qui, tout en étant encore valables, sont devenues touffues et complexes au point d'être difficiles à cerner et à appliquer. Il conviendrait de leur donner une formulation plus générale et plus limpide. D'autres s'enracinent du moins en partie dans des situations passées qui sont maintenant modifiées. Il suffirait de les adapter à la conjoncture actuelle. D'autres enfin sont soit le produit de situations qui ont complètement disparu, soit le résultat d'erreurs commises dès le point de départ. Celles-ci seraient tout bonnement abrogées.

Il est heureux que nous ne soyons pas partis de zéro dans cette entreprise considérable. En effet il s'est fait beaucoup de travail dans ce domaine aux États-Unis où les plus grands noms du droit de la preuve ont œuvré pendant de nombreuses années pour rationa-

liser cette partie du droit. Ces efforts ont finalement été couronnés par l'élaboration de codes et de règles uniformes dont l'influence se fait de plus en plus sentir non seulement aux États-Unis, mais aussi dans d'autres pays.

Dans l'élaboration de notre propre code, nous nous sommes inspirés de l'expérience américaine, sans toutefois nous y conformer servilement. La section de recherche sur la preuve a passé quelques années à étudier le droit canadien et à trouver la meilleure façon de le rationaliser. La section de recherche a ensuite publié un certain nombre d'études préliminaires, en invitant le monde juridique à nous faire part de ses commentaires. Celui-ci a fait connaître ses réactions à la Commission soit au cours de réunions publiques ou privées, soit par écrit. Un groupe d'étude a examiné ces commentaires avant de les soumettre à la Commission. Nous nous sommes interrogés longuement sur le bien-fondé de chaque règle particulière, et nous nous sommes efforcés de les adapter à la situation canadienne.

La nature des règles

Venons-en maintenant à une brève discussion des règles que nous proposons. Le premier article énonce l'objectif du Code, soit d'assurer la libre découverte de la vérité et la juste solution des litiges dans des délais et à un coût raisonnable, tout en protégeant les autres politiques sociales reconnues. Le Code s'emploie donc à simplifier de manière rationnelle, au moyen de dispositions claires, ordonnées et souples, les règles fondamentales du common law. En vertu de l'article 2, les règles établies par le présent Code doivent s'interpréter libéralement. De plus, la règle d'interprétation voulant que les dérogations législatives au common law soient d'interprétation restrictive, ne s'applique pas au Code. L'article 3 confère à cette approche un caractère global. Il prévoit que, dans les cas où le Code n'offre pas de solution à un problème relevant du droit de la preuve, celui-ci doit être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience, le tout en harmonie avec les objectifs du Code. Cet article fait de ces règles un véritable code; il remplace le common law comme source supplétive du droit de la preuve.

Les articles 4 et 5, qui énoncent les deux principes fondamentaux relativement à l'admissibilité de la preuve, illustrent bien la portée très générale des règles du Code. D'après le premier principe toute preuve pertinente est admissible, à moins d'être expressément exclue par une autre règle ou une autre loi. Le deuxième principe confère au juge le pouvoir d'exclure une preuve lorsque la probabilité que son admission entraîne une perte de temps inutile, cause un préjudice indu, obscurcisse le débat ou trompe le jury, l'emporte substantiellement sur sa valeur probante.

A toutes fins utiles, l'article 4 n'est que le reflet du postulat fondamental du droit actuel de la preuve, à l'effet que toute preuve pertinente est admissible à moins d'être exclue pour quelque autre raison de politique juridique. Toutefois, ce postulat est difficile à percevoir, tellement il est dispersé dans une multitude d'arrêts. On dirait même que le droit actuel cherche de façon confuse et par tous les moyens à exclure des éléments de preuve pertinents. L'article 4 ne fait pas qu'énoncer le principe fondamental. Il abolit d'un seul trait de plume toutes les règles d'exclusion à moins qu'on ne les insère dans le Code et qu'on ait une justification rationnelle pour ce faire. L'article 4 remplit aussi une autre fonction. Il déclare à juste titre que la pertinence d'une preuve est une question de logique et de bon sens. Il est encore possible de consulter certaines décisions pour l'éclairage qu'elles peuvent jeter sur le cas d'espèce, mais elles ne peuvent faire obstacle à l'utilisation par le juge de son expérience et de son jugement.

L'article 5 contient la principale règle d'exclusion de la preuve, et il illustre bien la justification rationnelle des diverses autres règles d'exclusion. Les juges ont toujours exercé le pouvoir discrétionnaire de rejeter une preuve qui risquait de provoquer une perte de temps, un retard indu, de causer un préjudice excessif à l'une des parties, de tromper le jury ou d'obscurcir le débat. Ce pouvoir est nécessaire si on veut s'assurer que la solution du litige soit juste et relativement expéditive. Cet article a pour effet d'énoncer un principe de portée générale en remplacement d'une règle de common law que les tribunaux avaient appliquée assez libéralement à des situations particulières. A l'instar de l'article 4, il fait disparaître l'obligation de se lancer dans ces interminables et coûteuses recherches de jurisprudence.

L'article 5 fait également taire les critiques relatives à la rigidité de la codification. Il insuffle un élément de souplesse à la règle en accordant au juge une discrétion adéquate. Non pas une discrétion absolue, mais une discrétion judiciaire à être exercée à partir d'un principe. Le juge peut ainsi rejeter une preuve dont la valeur est faible, si le risque de prolonger inutilement ou d'obscurcir le débat, etc., l'emporte substantiellement sur sa force probante. On peut dire que cette précision dans les limites et l'étendue de la discrétion judiciaire n'est pas tout à fait le trait dominant des règles de common law en matière de preuve.

Les diverses justifications qui sous-tendent l'article 5 (éviter le risque d'allonger inutilement le débat, d'obscurcir le litige ou de tromper le jury) visent principalement l'audience. Des règles d'exclusion plus spécifiques, comme celles qui concernent les traits de caractère et le ouï-dire, s'inspirent de considérations semblables.

La phase judiciaire de l'instance n'est cependant qu'une partie d'un ensemble plus vaste. Ainsi la recherche de la vérité au cours du procès doit parfois céder la place à d'autres considérations. De nombreuses règles se fondent sur des considérations étrangères du processus judiciaire. Il en est ainsi de la plupart des droits au secret, comme celui qui se rapporte à la non-incrimination ou au secret d'État. Toutes ces règles ont pour effet d'exclure des éléments de preuve pertinents en raison du fait que les politiques auxquelles elles sont subordonnées l'emportent sur l'intérêt public en matière d'administration de la justice. Toutefois, nous nous sommes constamment efforcés de rechercher une justification aussi nette que possible à l'exclusion d'un élément de preuve susceptible de contribuer à la découverte de la vérité. Il arrive qu'il soit impossible de comparer dans l'abstrait des valeurs opposées. Dans ce cas, nous avons accordé au juge un pouvoir discrétionnaire, tout en indiquant les considérations dont il devrait tenir compte dans l'exercice de ce pouvoir.

Cette discussion des principes les plus fondamentaux du droit de la preuve donne une idée de la structure générale de ce Code. Chaque chapitre énonce d'abord les principes généraux puis les exceptions particulières, de façon à ce que le droit soit facile à comprendre. Ces règles de portée générale remplacent avantageusement toutes les règles de common law qui étaient devenues péri-

mées. Il ne faut toutefois pas s'étonner que nous en ayons conservé d'autres qui ont survécu à l'épreuve du temps. Nous nous sommes efforcés d'en améliorer la structure et la formulation. Cependant, nous n'avons pas hésité à en retrancher les excroissances et complications inutiles qui se sont accumulées au cours des années. Nous avons examiné chaque règle sous l'angle de la raison, de l'expérience et de l'efficacité.

Il ne nous a pas été possible de nous débarrasser d'un seul coup de tout ce que nous a légué le passé. Il en est ainsi du ouï-dire. Le code permettra de démêler du moins en partie l'écheveau du «ouï-dire», mais nous pensons qu'il est possible de simplifier cette question encore davantage, lorsque les avocats seront d'avis que l'arbitre des faits accorde uniquement au ouï-dire la valeur qu'il mérite. Certaines dispositions du Code ne sont pas nécessaires à proprement parler. En effet, dans certains cas, nous avons pensé qu'il convenait de donner expressément le coup de grâce à certains arrêts à la peau dure qui encombrent le paysage juridique. C'est ainsi qu'à la toute fin du code, nous avons inhumé la règle de l'arrêt Hodge et celles qui se rapportent à la corroboration. Nous avons adopté une attitude semblable envers certaines règles qui semblent être disparues du common law, comme celle qui concerne la déposition d'un témoin sur la principale question en litige. Il est à noter que toutes ces règles d'un caractère douteux renaissent de leurs cendres quand tout espoir de victoire s'est envolé. On pourrait, lors d'une révision ultérieure, éliminer ces articles et les oublier à jamais.

La rédaction du Code

Nous nous sommes aussi efforcés d'améliorer la rédaction des règles de preuve, pour nous conformer à l'opinion de la Commission suivant laquelle les lois devraient être aussi compréhensibles que possible. Nous avons été influencés ici par l'exhortation de Sénèque: «Une loi doit être concise pour que les personnes les moins instruites la comprennent facilement.» On pourrait ajouter que la concision et la précision sont également des qualités fort utiles aux citoyens instruits. Nous sommes convaincus que les lois, même la loi de la preuve, ne sont pas le bien exclusif des avocats mais qu'elles appartiennent au public.

En visant la clarté de style, il nous est arrivé de nous écarter des techniques traditionnelles de rédaction des lois. Ainsi, nous nous sommes abstenus de truffer les premiers articles du Code de ces innombrables définitions dont l'intelligence exige une bonne connaissance de l'ensemble du texte. Nous avons plutôt eu tendance à définir une notion à l'intérieur même de son contexte, soit tout juste avant sa mention si la définition est nécessaire à la compréhension de ce qui suit, soit après sa mention si la définition ne fait qu'ajouter un éclairage additionnel. Il est vrai que l'autre méthode offre l'avantage de les placer là où le lecteur averti sait les trouver; mais cet atout n'en est pas un pour le présent Code, vu l'utilisation qu'il fait des définitions. De toute façon, la meilleure manière de jouer sur les deux tableaux pourrait être d'assortir les lois d'index bien faits.

Pour faciliter encore davantage la compréhension des règles de preuve, nous avons joint au Code des commentaires sur chacune d'entre elles. Nous espérons qu'ils s'avéreront utiles non seulement aux spécialistes du droit, mais aussi à toute personne intéressée par la question. Nous pensons qu'en accompagnant à tout le moins les lois les plus importantes de notes explicatives de ce genre, on contribuerait à faire connaître le droit aux profanes.

Bilinguisme et bijuridisme

Nous avons été fortement influencés, dans l'élaboration de ce Code, par les modèles conçus dans les pays de droit civil. Cela nous a semblé naturel et sage puisque ceux-ci ont une expérience infiniment plus poussée de ce type d'entreprise que les pays de common law. Nous sommes toutefois restés fidèles à la législation traditionnelle de common law, lorsque cela paraissait mieux adapté à nos besoins. Ce faisant, nous nous sommes conformés au mandat que confie à la Commission sa loi organique. Aux termes de ce mandat, les propositions de réforme de la Commission doivent «refléter dans le droit les concepts et les institutions distincts des deux systèmes juridiques du Canada, la common law et le droit civil, et concilier les différences et les oppositions qui existent dans la formulation et l'application du droit par suite des différences entre ces concepts et institutions.»

Dans le même esprit, nous ne nous sommes pas limités à une correspondance littérale entre les versions anglaise et française. Nous nous sommes plutôt efforcés de rendre la substance de chaque règle dans des termes et selon une forme adaptés à l'esprit de chacune des deux langues. Nous avons toutefois conservé une structure commune, pour des raisons évidentes de commodité. Pour atteindre ce but, nous nous sommes abstenus de diviser les articles en alinéas, sauf pour les énumérations longues ou compliquées. Quel que soit l'avantage de cette technique, il est totalement déclassé par l'objection, fatale dans un pays bilingue, à l'effet que ce système impose à l'une des versions un moule qui lui est tout à fait étranger. Ce que la division en alinéas permet de gagner en clarté n'a aucune commune mesure avec celle qui résulte de la comparaison avec une autre version qui respecte les caractéristiques de l'autre langue.

Nous ne pensons pas avoir découvert la solution miracle aux difficultés soulevées par la rédaction de lois dans un pays où se posent non seulement des problèmes de bilinguisme et de biculturalisme mais aussi de bijuridisme. Il est fort possible qu'il faille adapter les solutions aux différents types de législations. Nous nous contentons d'exprimer le vœu que notre expérience en vienne un jour à porter fruit.

Conclusion

Il nous semble inutile de discuter plus avant de chaque règle. C'est ce que nous faisons dans les commentaires qui accompagnent le Code. Ceux qui aimeraient lire un exposé plus complet de certains problèmes sont invités à consulter les diverses études préliminaires publiées par la section de recherche sur le droit de la preuve.

Compte tenu du caractère détaillé de ce travail, on ne doit pas s'étonner qu'il existe de légères divergences de vues sur quelques articles. Celles-ci sont d'ailleurs énoncées dans les commentaires. Il est tout de même rassurant de constater que la plupart des dispositions font l'unanimité autour d'elles. De toute façon, il faut s'attendre à quelques différences d'opinions lorsqu'on tente

de rattacher le droit à une politique législative rationnelle, car il y a souvent de bons arguments à l'appui de l'une et l'autre thèses. Il nous paraît cependant préférable de mener le débat à ce niveau, au lieu de se disputer sur la question de savoir si le principe qui se dégage d'une affaire obscure décidée en 1885, a pu être modifié par un autre jugement tout aussi obscur datant de 1910.

S'il n'y a pas unanimité sur les détails, nous sommes sûrs d'au moins une chose. Nous sommes tous en accord parfait pour affirmer qu'il est grandement temps de réformer le droit de la preuve, et nous sommes convaincus que la seule façon rationnelle de procéder consiste à élaborer un ensemble de règles analogues à celles que nous proposons. Il sera sans doute nécessaire d'effectuer un jour ou l'autre certains ajustements à la lumière de l'expérience acquise avec le temps. Cela ne posera pas toutefois de problèmes si on possède au départ une structure cohérente. Nous ne taxerions pas de progressive une réforme qui viserait uniquement à ajouter d'autres pièces à cette courtepointe bigarrée et rapiécée qu'on appelle le droit de la preuve.

CODE
DE LA
PREUVE

PLAN

	Articles
TITRE I — PRINCIPES GÉNÉRAUX	1— 5
CHAPITRE I — BUT ET INTERPRÉTATION DU CODE	1— 4
CHAPITRE II — DISPOSITIONS GÉNÉRALES	4— 5
TITRE II — COMPÉTENCE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE DE PREUVE	6—11
TITRE III — FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉSOMPTIONS	12—14
CHAPITRE I — LES FARDEAUX DE PREUVE	12—13
CHAPITRE II — LES PRÉSOMPTIONS	14
TITRE IV — RÈGLES PARTICULIÈRES À L'ADMISSIBILITÉ DES PREUVES	15—48
CHAPITRE I — RÈGLES D'EXCLUSION DE LA PREUVE	15—45
Preuves exclues en raison des méthodes d'obtention	15—16
Exclusion de certaines preuves circonstancielles	17—45
Preuve de traits de caractère	17—20
Mesures préventives	21—23
Transactions et compromis	24—26
Le ouï-dire	17—31
Le droit au secret	32—45
Dispositions générales	32—37
Dispositions particulières	38—45
CHAPITRE II — AUTHENTIFICATION ET IDENTIFICATION	46—48

TITRE V — MODES DE PREUVES ..... 49—85

CHAPITRE I — GÉNÉRALITÉS 49

CHAPITRE II — LA PREUVE PAR TÉMOINS ..... 50—73

Généralités ..... 50—53

Aptitude à témoigner et contraignabilité ..... 54—57

Interrogatoire des témoins ..... 58—61

Crédibilité des témoins ..... 62—66

Témoignage d'expertise et d'opinion ..... 67—73

CHAPITRE III — LA PREUVE DOCUMENTAIRE ET MATÉRIELLE ..... 74—81

Généralités 74

Preuve du contenu des écrits, enregistrements et photographies ..... 75—81

CHAPITRE IV — LA CONNAISSANCE D'OFFICE ..... 82—85

TITRE VI — APPLICATION DU CODE ..... 86—87

TITRE VII — ABROGATION ..... 88—89

TITRE I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE I BUT ET INTERPRÉTATION DU CODE

57 **1.** Le présent Code a pour objectif d'établir des règles de preuve menant à une juste solution des litiges, en facilitant la libre découverte des faits, dans des délais et à des coûts raisonnables, et en protégeant efficacement les autres politiques sociales reconnues. **But**

57 **2.** Les règles établies par le présent Code doivent être interprétées libéralement en conformité avec ces buts. A cet effet, la règle d'interprétation traditionnelle voulant que les dérogations législatives au common law soient d'interprétation restrictive, est abolie. **Interprétation**

57 **3.** Lorsque le présent Code n'offre pas de solution à un problème du droit de la preuve, celui-ci doit être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience, le tout en harmonie avec les buts du présent Code. **Sources supplétives**

CHAPITRE II DISPOSITIONS GÉNÉRALES

58 **4.** (1) Toute preuve pertinente est admissible sous réserve des exceptions prévues par la loi. **Règle générale d'admissibilité**

58 (2) Est pertinente la preuve qui tend raisonnablement à démontrer l'existence d'un fait en litige. **Définition**

59 **5.** Une preuve peut toutefois être exclue lorsque le danger de créer un préjudice indu, d'obscurcir le débat, de tromper le jury ou de provoquer des pertes de temps l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. **Exclusion pour préjudice indu**

TITRE II

COMPÉTENCES DÉCISIONNELLES EN MATIÈRE DE PREUVE

60 **6.** L'arbitre des faits en litige est, selon le cas, soit le juge, soit le jury lorsqu'il est assermenté. **L'arbitre des faits**

Règle générale d'admissibilité

7. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, c'est au juge seul qu'il appartient de trancher les questions préalables à l'admissibilité d'une preuve, à l'établissement de la compétence et de la contraignabilité d'un témoin, et à la reconnaissance d'un droit au secret. 60

Établissement de faits préalables à la pertinence d'une preuve

(2) Lorsque l'établissement d'un fait préalable est nécessaire pour démontrer la pertinence d'une preuve, le juge doit alors admettre cette preuve, sous réserve de la présentation immédiate ou subséquente d'une preuve suffisante de l'existence de ce fait préalable. 61

Faits en litige et faits préalables

(3) C'est à l'arbitre des faits qu'il appartient de déterminer le fait préalable qui constitue également un fait en litige. 61

Exclusion du jury lors de la détermination de certains faits préalables

(4) La détermination des faits préalables doit se faire hors de la présence du jury dans les cas suivants: 61

Exclusion d'une preuve illégalement obtenue

a) l'exclusion d'une preuve obtenue dans des circonstances telles que son admission risquerait de ternir l'image de l'administration de la justice; 61

Déclaration à une personne en situation d'autorité

b) l'exclusion d'une déclaration faite à une personne en situation d'autorité dans des circonstances susceptibles de rendre cette déclaration peu digne de foi; 61

Exclusion du jury à la demande de l'accusé

c) l'établissement de tout autre fait préalable lorsque l'accusé témoigne et demande l'exclusion du jury; 61

Intérêt de la justice

d) l'établissement de tout autre fait préalable lorsque l'intérêt de la justice l'exige. 61

Témoignage de l'accusé

(5) L'accusé qui rend témoignage au cours d'une instance portant sur l'existence d'un fait préalable ne peut être contre-interrogé seulement qu'à ce sujet. 62

En outre, l'accusé ne peut être interrogé par la poursuite sur la véracité de sa déclara-

tion lorsque, dans les cas prévus aux alinéas 4*a*) et 4*b*) du présent article, l'admissibilité de cette déclaration est en cause.

62 **8.** Le juge doit restreindre à sa véritable portée la preuve qui n'est admissible que dans un but précis ou quant à une seule des parties au litige. Limites à l'admissibilité

Il doit, en outre, donner au jury les directives nécessaires à cet effet.

62 **9.** La partie qui fait la preuve d'un comportement ou qui produit en preuve un écrit ou une déclaration en tout ou en partie, peut être tenue en même temps de faire la preuve d'un autre comportement ou de produire un autre écrit ou une autre déclaration qui, en toute justice, mérite également d'être pris en considération. Comportements, écrits et déclarations connexes

62 **10.** Après la clôture de l'enquête et de l'audition et la fin des plaidoiries, le juge doit présenter au jury un résumé juste et impartial de la preuve offerte et la rattacher aux principaux points en litige. Résumé et commentaires du juge au jury

Il peut également présenter ses commentaires sur le poids à accorder à la preuve et sur la crédibilité des témoins. Il doit toutefois prévenir alors les jurés que la décision finale sur ces deux questions est de leur ressort exclusif, et qu'ils ne sont en conséquence liés ni par son résumé des faits, ni par ses commentaires.

63 **11.** (1) L'erreur portant sur l'admission ou l'exclusion d'une preuve et qui cause un tort important ou crée une injustice sérieuse peut seule permettre, en appel, de renverser un jugement. Effets des erreurs d'admission ou d'exclusion d'une preuve

Lorsqu'une preuve a été exclue par erreur, il est en plus nécessaire que sa pertinence et l'essentiel de son contenu aient été portés à la connaissance du juge, ou que celui-ci ait

pu s'en rendre compte en raison du contexte dans lequel les questions ont été posées.

Critères

(2) Dans la détermination de l'importance du tort ou du sérieux de l'injustice causés par l'admission erronée d'une preuve, la Cour d'Appel doit prendre en considération l'existence ou la non-existence d'une objection particularisée et opportune à l'admissibilité de cette preuve. 63

TITRE III

FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉSOMPTIONS

CHAPITRE I LES FARDEAUX DE PREUVE

Fardeau de persuasion

12. (1) Le fardeau de persuasion consiste en l'obligation de persuader l'arbitre des faits, de l'existence d'un fait en litige. 63

Matières civiles

(2) En matières civiles, sauf exception, le fardeau de persuasion impose à chaque partie de prouver chacun des faits dont la démonstration est essentielle au soutien de ses prétentions. 64

En matières civiles, une partie s'acquitte de ce fardeau lorsqu'elle convainc l'arbitre des faits par une preuve rendant plus probable l'existence du fait que son inexistence.

Matières criminelles

(3) En matières criminelles, sous réserve des dispositions du présent article, le fardeau de persuasion repose sur la poursuite. Celle-ci s'acquitte de ce fardeau lorsque l'arbitre des faits est convaincu au-delà du doute raisonnable, à la fois de l'existence de chacun des éléments constitutifs de l'infraction reprochée et de l'inexistence de toute défense, excuse ou justification. 65

Défenses, excuses et justifications

(4) La poursuite n'assume le fardeau de persuasion quant à l'inexistence d'une défense, excuse ou justification que dans la mesure où une preuve suffisante pour susciter un doute 65

raisonnable sur leur existence a préalablement été présentée.

66 (5) Lorsqu'une loi, en termes exprès, impose à l'accusé le fardeau de persuasion d'une défense, excuse ou justification à une infraction criminelle, il s'acquitte de ce fardeau lorsque l'arbitre des faits est convaincu que leur existence est plus probable que leur inexistence. Fardeau reposant sur l'accusé

67 **13.** (1) Le fardeau de présentation de la preuve consiste en l'obligation d'offrir à l'égard d'un fait une preuve suffisante pour permettre au juge des faits de prendre celui-ci en considération. Fardeau de présentation

67 (2) En matières civiles, une partie s'acquitte du fardeau de présentation de la preuve lorsque le juge estime que, eu égard à la preuve offerte, un homme raisonnable pourrait être convaincu que l'existence du fait en litige est plus probable que son inexistence. Matières civiles

67 (3) En matières criminelles, la poursuite s'acquitte du fardeau de présentation de la preuve lorsque le juge estime, eu égard à la preuve offerte, qu'un homme raisonnable pourrait être convaincu au-delà du doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Matières criminelles

67 (4) Lorsqu'une loi, en termes exprès, impose à l'accusé le fardeau de persuasion relativement à une défense, excuse ou justification à une infraction criminelle, l'accusé assume alors aussi le fardeau de présentation de la preuve à cet égard. Défenses, excuses et justifications

Il s'acquitte de ce dernier fardeau lorsque le juge estime, eu égard à la preuve offerte, qu'un homme raisonnable pourrait être convaincu que l'existence d'une défense, excuse ou justification à une infraction criminelle est plus probable que leur inexistence.

CHAPITRE II LES PRÉSOMPTIONS

Définition

14. (1) Il y a présomption lorsque la loi impose de déduire l'existence d'un fait, à partir d'un autre fait ou d'un groupe de faits constatés ou établis dans l'instance. 67

Matières civiles

(2) En matières civiles, la partie contre laquelle existe une présomption doit, pour la repousser, convaincre l'arbitre des faits que l'inexistence du fait présumé est plus probable que son existence. 68

Cette règle ne s'applique pas lorsque la présomption imposée est irréfragable.

Matières criminelles

(3) En matières criminelles, pour qu'une présomption portant sur un fait essentiel à la démonstration de la culpabilité de l'accusé puisse avoir effet contre lui, il est nécessaire que l'existence des faits servant de base à la présomption soit établie au-delà du doute raisonnable. 68

Pour repousser la présomption, il suffit que soit créé un doute raisonnable sur l'existence du fait présumé.

Conflit entre deux présomptions

(4) En cas de conflit entre deux présomptions, on doit accorder préférence à celle qui est fondée sur des considérations supérieures de logique et de politique juridique. 68

En cas d'égalité, les deux présomptions se neutralisent.

TITRE IV

RÈGLES PARTICULIÈRES À L'ADMISSIBILITÉ DES PREUVES

CHAPITRE I

RÈGLES D'EXCLUSION DE LA PREUVE

Preuves exclues en raison des méthodes d'obtention

Exclusion d'une preuve risquant de ternir l'image de l'administration de la justice

15. (1) Doit être exclue, la preuve obtenue dans des circonstances telles que 69

son admission risquerait de ternir l'image de l'administration de la justice.

69 (2) Aux fins de l'application de la règle prévue au paragraphe précédent, toutes les circonstances de l'instance ainsi que celles entourant l'obtention de la preuve doivent être prises en considération, notamment l'intensité de l'atteinte à la dignité humaine et aux valeurs sociales, la gravité du litige, l'importance de la preuve en question, le caractère volontaire ou non du tort causé à l'accusé ou aux tiers et les circonstances propres à justifier l'acte, comme par exemple l'urgence qu'il y avait à empêcher la perte ou la destruction de la preuve ainsi recueillie. Critères

69 **16.** (1) Dans une instance criminelle, la poursuite ne peut produire une déclaration de l'accusé faite à une personne en situation d'autorité, à moins d'une part que le juge ne soit convaincu au-delà du doute raisonnable que la déclaration en question a été faite dans des circonstances qui la rendent digne de foi, entre autres qu'elle a été faite en l'absence de menaces ou de promesses ou à moins d'autre part que l'accusé ou son procureur ne consentent à son admission. Déclaration à une personne en situation d'autorité

70 (2) Les règles du présent article ne touchent que les déclarations de l'accusé. Elles n'ont pas pour effet de limiter l'admissibilité d'autres preuves telles celle de faits découverts à la suite de cette déclaration ou encore celle établissant que ces faits ont été découverts en raison de cette déclaration. Faits découverts par le biais d'une déclaration

Exclusion de certaines preuves circonstancielles

Preuve des traits de caractère

71 **17.** (1) Dans une instance criminelle, la preuve relative aux traits de caractère de l'accusé présentée par la poursuite et qui Traits de caractère de l'accusé: inadmissibilité

n'est pertinente que pour prouver sa prédisposition à un certain type de comportement est inadmissible à moins que l'accusé n'ait lui-même offert une preuve à ce sujet, ou qu'il n'ait offert une preuve relative aux traits de caractère de la victime de l'infraction.

Infraction sexuelle

(2) Dans une instance criminelle, la preuve portant sur les traits de caractère de la victime d'une infraction sexuelle, et qui n'est pertinente que pour prouver sa prédisposition à un certain type de comportement, est inadmissible à moins que, au terme d'une audition à huis clos, le juge ne soit convaincu que l'admission de cette preuve est indispensable à une juste détermination de la culpabilité de l'accusé. 72

Preuve des faits similaires

18. Les dispositions de l'article 17 n'ont pas pour effet d'empêcher la preuve de la commission par une personne d'un acte, d'un crime ou d'un délit, offerte dans un but autre que d'établir sa prédisposition à commettre ces actes. 74

Il en est ainsi, notamment, de la preuve destinée à prouver l'absence d'erreur ou le caractère délibéré ou non d'un acte, la motivation, l'occasion, l'intention, le dessein, la préparation, la connaissance et l'identité de la personne, ou l'occasion fournie.

Preuve de comportement habituel

19. Les dispositions de l'article 17 n'ont pas pour effet d'empêcher de faire la preuve d'un comportement habituel ou routinier, dans le but de démontrer, à propos d'une occasion particulière, une conduite conforme à celui-ci. 74

Méthodes de preuve admissibles

20. La démonstration d'un trait de caractère peut être faite sous forme d'une preuve d'opinion, d'une preuve de réputation, ou à partir d'une preuve de comportements spécifiques. 74

Mesures préventives

75 **21.** La preuve de mesures postérieures à un événement qui, prises plus tôt, en auraient réduit les possibilités de survenance, ne peut être admise dans le but de prouver l'existence d'une faute ou d'une conduite coupable relative à celui-ci, si ce n'est à l'encontre d'une allégation tendant à la possibilité de le prévenir.

Preuve de certaines mesures subséquentes à un événement

75 **22.** La preuve de la détention ou de la non-détention par une personne d'une assurance-responsabilité ne peut être admise pour prouver sa faute, a moins que la valeur de cette preuve ne l'emporte substantiellement sur le danger de causer un préjudice indu.

Preuve de détention d'assurance responsabilité

76 **23.** La preuve du paiement, de l'offre ou de la promesse de paiement de frais médicaux, hospitaliers ou autres, occasionnés par des blessures, ne peut être admise pour prouver la responsabilité découlant de celles-ci.

Preuve de paiement de frais médicaux ou hospitaliers

Transactions et compromis

76 **24.** La preuve des tentatives de règlement d'un litige, de conduites ou de déclarations rattachées à celles-ci, ne peut être admise pour prouver la responsabilité d'une personne ou l'absence de fondement de la réclamation ou de son montant. Cette règle n'a toutefois pas pour effet d'empêcher l'utilisation de cette preuve à d'autres fins, notamment, pour démontrer le parti pris ou les préjugés d'un témoin, une tentative de faire obstruction à une enquête ou à une poursuite criminelle, ou pour réfuter l'allégation d'une action dilatoire.

Preuve de tentatives de transactions

76 **25.** La preuve d'un plaidoyer de culpabilité retiré par la suite, d'une offre de plaider coupable à une infraction ou d'une déclaration quelconque relative à ces deux

Preuve de plaidoyer de culpabilité

actes, ne peut être admise contre celui qui les a faits, dans le but d'établir sa culpabilité.

Preuve de déclaration au cours d'une plainte

26. La preuve d'une déclaration faite antérieurement à un procès dans le but de régler une plainte criminelle ne peut être admise contre l'accusé au cours d'une instance criminelle subséquente dans laquelle l'inculpation est précisément celle sur laquelle a porté la tentative de règlement. 77

Le Ouï-dire

Prohibition générale

27. (1) Le ouï-dire ne peut être admis en preuve, sous réserve des exceptions prévues par la loi. 77

Définitions

(2) Aux fins du présent Code,

Ouï-dire

a) on entend par «ouï-dire» la déclaration présentée dans le but d'établir la véracité de celle-ci et qui émane d'une personne autre que celle qui témoigne au cours de l'instance. 77

Déclaration

b) on entend par «déclaration» toute affirmation verbale ou écrite ainsi que tout comportement voulu par une personne comme une affirmation. 78

Déclaration antérieure

28. Les dispositions de l'article 27 n'ont pas pour effet d'exclure la déclaration faite antérieurement à son témoignage par un témoin, lorsque cette déclaration eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage. 79

Témoin non disponible

29. (1) Les dispositions de l'article 27 n'ont pas pour effet d'exclure la déclaration d'une personne non disponible à rendre témoignage, lorsque cette déclaration, faite par cette même personne dans le cours de son témoignage, eût, par ailleurs, été admissible. 79

La non-disponibilité à rendre témoignage

(2) La non-disponibilité à rendre témoignage de la personne qui a fait la déclaration s'étend aux circonstances suivantes:

Décès, incapacité

80 *a*) son décès ou son incapacité physique ou mentale de se présenter pour rendre témoignage;

Impossibilité d'assigner

80 *b*) son absence de l'instance, jointe à l'impossibilité pour la partie qui veut se prévaloir de sa déclaration, de s'assurer de sa présence par sommation ou par un autre moyen raisonnable;

Refus de témoigner

80 *c*) son refus persistant de témoigner sur le contenu de sa déclaration, malgré l'ordre du juge;

Absence de souvenir

80 *d*) son allégation, au cours de son propre témoignage, de son incapacité de se remémorer l'objet de la déclaration en question;

Absence de l'instance et intérêt public

80 *e*) son absence de l'instance, jointe au fait que l'importance de la question ou le supplément de crédibilité susceptible d'être ajouté par son témoignage en cour, ne justifient pas la dépense ou les inconvénients des démarches visant à s'assurer de sa présence ou de sa déposition.

Non-disponibilité provoquée

81 (3) Une déclaration ne peut être admise en preuve en vertu des dispositions du présent article, lorsque la partie qui entend s'en prévaloir a provoqué la non-disponibilité de l'auteur de la déclaration, dans le but de l'empêcher de comparaître ou de témoigner.

Avis

81 (4) La partie qui entend produire en preuve une déclaration en vertu des dispositions du présent article, doit préalablement donner un avis raisonnable de son intention à toutes les autres parties. Cet avis doit contenir les détails de cette déclaration et énoncer les raisons de la non-disponibilité à rendre témoignage de l'auteur de celle-ci.

Déclarations admissibles contre une partie

30. Est admissible en preuve contre une partie, nonobstant les dispositions de l'article 27:

Déclaration de la partie

a) la déclaration faite par la partie elle-même, celle qu'elle a faite sienne ou qu'elle a autorisée; 81

Déclarations d'un mandataire et employé

b) la déclaration émanant de son mandataire ou employé et portant sur une question relevant de son mandat ou son emploi et faite pendant sa durée; 81

Déclarations concernant un titre

c) la déclaration portant sur un titre et émanant d'un ayant cause ou d'une autre personne ayant avec la partie un intérêt en commun; 82

Déclarations dans la poursuite d'un but commun

d) la déclaration d'une personne engagée avec la partie dans une entreprise commune, lorsqu'elle est faite dans le cadre de la poursuite de leur but commun. 82

31. N'est pas exclu par les dispositions de l'article 27:

Déclarations dans le cours ordinaire des affaires

a) la consignation d'un fait ou d'une opinion faite dans le cours ordinaire des affaires et d'une façon contemporaine à leur survenance ou à une date subséquente lorsqu'elle est tirée d'une autre consignation faite dans les mêmes conditions; 82

Recueils et registres publics

b) le registre, le recueil, la déclaration, émanant de l'autorité ou d'un service publics et portant soit sur leurs activités, soit sur des faits consignés conformément à l'obligation qui leur en est faite par la loi, ou contenant, en tout état de cause en matières civiles, et contre la poursuite en matières pénales, des conclusions de faits provenant d'une enquête faite sous autorité de la loi; 83

Déclarations à l'état civil

c) la consignation ou l'enregistrement d'état civil, si la déclaration a été faite à l'autorité publique conformément aux exigences de la loi; 84

84 *d*) la preuve tendant à démontrer la non-consignation d'un événement normalement consigné dans le cours ordinaire des affaires, lorsque l'on entend démontrer par là l'inexistence ou la non-survenance de cet événement; — Absence de consignation

85 *e*) la déclaration de faits constatant la célébration d'un mariage ou d'une autre cérémonie, ou l'administration d'un sacrement, contenue dans un certificat émanant d'un ecclésiastique, d'une autorité publique ou d'une autre personne dûment autorisée à cet effet par les règles d'un organisme religieux ou par la loi, lorsque ce certificat a été émis au moment de l'acte en question, ou par la suite, dans un délai raisonnable; — Certificats de mariage, naissance

85 *f*) La déclaration contenue dans un document datant de vingt ans ou plus; — Vieux documents

85 *g*) la liste boursière, la compilation, l'énumération, l'annuaire ou autre inventaire auquel le public ou des spécialistes se fient et qu'ils utilisent en général; — Listes boursières, annuaires

86 *h*) la preuve d'un jugement final de la culpabilité d'une personne, lorsqu'il s'agit de prouver un fait essentiel aux conclusions de ce jugement, sauf, dans une instance criminelle, lorsque cette preuve est introduite par la poursuite contre une personne autre que celle qui a ainsi été trouvée coupable; — Jugement de culpabilité

86 *i*) la commune renommée antérieure au litige, portant sur le caractère d'une personne parmi ses proches ou au sein de son milieu; — Commune renommée portant sur le caractère d'une personne

86 *j*) la commune renommée parmi la famille, par le sang, par alliance ou par adoption, ou parmi les proches ou l'entourage d'une personne, relativement à ses antécédents familiaux ou autres, et portant, par exemple, sur une naissance, un décès ou un lien de parenté; — Commune renommée relative aux antécédents familiaux

Commune renommée relative au bornage des terres

k) la commune renommée constituée au sein de la communauté antérieurement au litige, relativement au bornage des terres ou aux coutumes terriennes locales; 86

Commune renommée relative aux événements historiques

l) la commune renommée relative à des événements historiques importants de la communauté, de la province ou du pays où ils se sont passés. 86

Le droit au secret

Dispositions générales

Règle générale

32. Nul, sous réserve des exceptions prévues par la loi, ne peut refuser de divulguer une chose, de produire un objet ou un écrit, ou d'empêcher un autre de ce faire ou de rendre témoignage. 87

Étendue du droit

33. Le détenteur d'un droit au secret conféré par le présent Code peut refuser lui-même et empêcher toute autre personne de divulguer une chose. 88

Renonciation du droit au secret

34. Celui qui bénéficie d'un droit au secret y renonce lorsque lui-même ou un autre détenteur de ce droit divulgue volontairement une partie importante du contenu de la confidence, ou consent à sa divulgation. 88

La présente règle est cependant sans application si cette divulgation est elle-même protégée par un droit au secret.

Divulgation forcée

35. La divulgation protégée par un droit au secret ne peut être admise en preuve contre le détenteur de ce droit, lorsque cette divulgation a été forcée à la suite d'une erreur ou faite sans qu'il y ait eu possibilité d'invoquer le droit. 88

Commentaires du juge et des avocats

36. Le juge et les avocats ne peuvent commenter la demande de reconnaissance d'un droit au secret formulée au cours du litige ou d'un litige antérieur. 88

Aucune conclusion ne peut non plus être tirée par eux de ce fait.

89 **37.** Seul le détenteur d'un droit au secret peut, en appel, invoquer l'erreur d'une décision refusant de lui reconnaître ce droit. Droit d'appel

Dispositions particulières

89 **38.** L'accusé dans une instance criminelle a le droit d'empêcher que ne soit utilisé contre lui un témoignage qu'il a rendu dans une instance antérieure autre que les procédures préliminaires au procès même qu'il subit. Non-incrimination

Cette règle ne s'applique pas cependant lorsque l'accusé est poursuivi pour s'être parjuré au cours de son témoignage.

89 **39.** (1) Celui qu'une loi provinciale oblige à faire un rapport peut s'opposer à la divulgation de son contenu dans toute instance régie par le présent Code, dans la mesure où la loi provinciale reconnaît ce même droit dans les instances régies par le droit provincial. Rapport confidentiel

89 (2) Le fonctionnaire qu'une loi provinciale oblige de faire un rapport peut s'opposer à sa divulgation ou à la divulgation de son contenu, dans toute instance régie par le présent Code, dans la mesure où la loi provinciale reconnaît ce même droit dans les instances régies par le droit provincial. Réception d'un rapport confidentiel

89 (3) Sont exceptés toutefois des dispositions du présent article, les litiges portant sur les fausses déclarations ou les fraudes relatives à ces rapports. Exceptions

90 **40.** Une personne a le droit de s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle intervenue entre elle et une autre personne, liée à elle par des liens familiaux ou analogues. Droit au secret familial

Cependant, pour bénéficier de ce droit, il est nécessaire qu'eu égard à la nature de la relation entre ces deux personnes, à la valeur attendue de la preuve et à l'importance de la question en litige, la sauvegarde du droit à l'intimité, le danger d'une rupture possible de cette relation ou la rigueur de la contrainte à exercer l'emportent sur la nécessité qu'il y a d'obtenir la divulgation de la communication.

Secret professionnel. Dispositions générales

41. Celui qui s'adresse à un professionnel dans le but d'obtenir ses services ou qui les obtient, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle issue de cette relation si, eu égard aux circonstances, la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice. 91

Secret de l'avocat

42. (1) Celui qui, en prévision d'un litige, consulte un avocat dans le but d'obtenir des services professionnels, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle faite dans le but de donner ou de recevoir ces services. 92

Travaux confidentiels

(2) Une personne peut refuser de divulguer une information obtenue par elle, par son avocat, par son représentant ou par toute personne qui assiste son avocat, de même que son travail et celui fait par eux en prévision d'un litige; à moins que dans le cas d'une information, celle-ci ne puisse raisonnablement être obtenue d'une autre source et que la qualité de sa valeur probante ne dépasse nettement les inconvénients causés par sa divulgation. 92

Détenteurs du droit

(3) Seuls le détenteur du droit au secret en personne ou son avocat peuvent invoquer le droit au secret prévu par le présent article. 92

Lorsque le client est incapable, son tuteur ou curateur peut le faire pour lui.

En cas de décès du client, son ayant droit peut invoquer le droit au secret.

Le syndic ou son représentant peut invoquer le droit au secret au nom d'une corporation, association ou autre personne morale ayant une existence juridique ou non.

Exceptions

(4) Aucun droit au secret ne peut être invoqué en vertu du présent article

93

Crime ou délit

a) lorsque les services de l'avocat ont été recherchés, le travail produit ou l'information obtenue dans le but de permettre à quelqu'un de commettre ou de comploter une infraction ou un délit, ou de l'aider à les commettre et que celui qui réclame le droit au secret a pu avoir raisonnablement connaissance du caractère criminel ou délictuel de l'acte;

93

Ayants cause

b) lorsqu'il s'agit d'un litige entre les ayants cause d'un même client décédé et se réclamant d'un droit qui lui appartenait. L'origine entre vifs ou à cause de mort de la transmission du droit n'a aucune importance pour les fins du présent article;

93

Litige entre avocat et client

c) lorsque le sujet en litige est la transgression d'obligations existant réciproquement entre l'avocat et le client;

93

Avocat témoin instrumentant

d) lorsque la contestation porte sur un document dont l'avocat est un témoin instrumentant;

93

Clients communs

e) lorsqu'il s'agit d'un litige entre des clients qui ont consulté un même avocat ou retenu ses services en commun, que le secret porte sur une communication touchant une question d'intérêt commun, et que cette preuve est offerte au cours d'un litige entre ces clients.

93

Définition du mot avocat

(5) Aux fins du présent article, on entend par «avocat» celui que le client croit admis à la pratique du droit.

Dans la province de Québec, le mot «avocat» désigne aussi le notaire.

(6) Une personne peut invoquer le droit au secret prévu par le présent article en plus de celui prévu à l'article 41. 93

Définitions

43. (1) Aux fins du présent article,

Information officielle

a) l'expression «information officielle» désigne une information gouvernementale dont la divulgation serait contraire à l'intérêt public; 93

Secret d'État

b) l'expression «secret d'État» désigne un renseignement confidentiel à caractère gouvernemental portant sur la sécurité ou la défense nationale, les relations internationales du Canada, les relations fédérales–provinciales, ou encore sur les affaires confidentielles du Conseil Privé de Sa Majesté pour le Canada. 93

Divulgation d'informations officielles

(2) La Couronne au chef du Canada peut refuser de divulguer une information officielle ainsi qu'un secret d'État lorsque la sauvegarde du caractère confidentiel de l'information l'emporte sur l'intérêt d'une saine administration de la justice. 94

Ce droit peut être invoqué par un Ministre de la Couronne.

Renvoi au juge en chef du Canada

(3) Lorsque la Couronne invoque son droit au secret d'État, le juge peut, au lieu de disposer lui-même de la question, suspendre les procédures et la référer au juge en chef du Canada. 94

Ce renvoi doit être fait d'office sur demande de la Couronne ou de l'une des parties.

Le juge en chef du Canada doit alors désigner un juge de la Cour Suprême du Canada pour décider de la question.

Procédure de divulgation

(4) Le juge appelé à trancher la validité du droit au secret aux termes du présent article peut exiger que la Couronne lui 94

divulgue, au cours d'une audition en chambre et à huis clos, l'information litigieuse, hors la présence de toute autre personne que le détenteur du droit au secret et ceux dont ce dernier autorise la présence.

94 (5) Le juge qui permet la divulgation d'une information conformément aux dispositions du présent article peut assortir son autorisation des restrictions ou conditions jugées utiles. Limites

94 (6) Le droit au secret d'État et au secret des informations officielles peut être invoqué dans les instances relevant tant de la compétence fédérale que provinciale. Instances fédérales et provinciales

94 **44.** (1) La Couronne a le droit de refuser de divulguer l'identité de celui qui a fourni une information qui prétend porter sur la violation d'une loi fédérale ou provinciale à une personne chargée de veiller à l'application de cette loi, à moins que, après les circonstances, l'intérêt de parvenir à une juste solution du litige ne l'emporte sur l'intérêt de maintenir le secret. Secret des indicateurs

94 (2) Le droit au secret prévu au présent article peut être invoqué par toute personne.

Celui qui est chargé de l'application de la loi peut néanmoins y renoncer. Détenteur du droit

94 **45.** (1) Le détenteur d'un secret de commerce ne peut être contraint de le divulguer lorsque la reconnaissance de ce droit au secret ne cause pas d'injustice ou ne sert pas à dissimuler une fraude. Secret de commerce

Ce droit peut être invoqué aussi par son mandataire ou son employé.

95 (2) Lorsque le juge ordonne la divulgation d'un secret de commerce, il doit prendre toutes les mesures nécessaires à la protection des intérêts de la justice, de ceux du détenteur du droit et des parties en cause. Procédure

CHAPITRE II AUTHENTIFICATION ET IDENTIFICATION

Généralités

46. Lorsque la pertinence d'une preuve dépend de son authentification ou identification, tout ce qui permet de conclure qu'elle est bien ce que celui qui l'introduit allègue, suffit à cette fin. 95

Document authentique

47. (1) Est présumé authentique:

Document public certifié

a) le document affichant, selon toute apparence, l'un des sceaux mentionnés dans la *Loi des Sceaux* ou celui d'une province, d'une division politique, d'un ministère, d'un fonctionnaire ou d'un organisme canadien ou provincial et portant une signature donnée comme certification ou validation; 96

Certification d'un document public

b) le document qui, selon toute apparence, porte la signature d'un fonctionnaire ou employé d'une entité décrite à l'alinéa *a*) n'ayant pas lui-même de sceau, lorsque sa signature et sa capacité officielle sont certifiées sous le sceau d'un fonctionnaire investi d'une fonction officielle dans la même division politique; 97

Copies certifiées de documents publics

c) la copie d'un registre, d'un rapport, d'une inscription qui s'y trouve, ou d'un document, y compris toute forme de compilation de données, dont le dépôt ou la classification est légalement autorisé dans un bureau public, et qui est certifiée conforme à l'original par celui qui en a la garde ou par toute autre personne autorisée à fournir une certification conforme aux alinéas *a*), *b*) ou *h*) du présent article, ou conforme aux dispositions d'une loi canadienne, provinciale ou celles des règles d'un tribunal; 97

Publications officielles

d) la publication qui, selon toute apparence, est émise par l'autorité publique; 97

Journaux et périodiques

e) l'imprimé donné comme étant un journal ou un périodique; 97

97 *f*) l'inscription commerciale donnée comme ayant été apposée dans le cours ordinaire des affaires et indiquant l'appartenance, la garde ou la provenance d'une chose; Inscriptions commerciales

97 *g*) le document accompagné d'une reconnaissance certifiée par une personne légalement autorisée à le faire; Documents certifiés

97 *h*) le document qui, selon toute apparence, est attesté ou validé, en sa capacité officielle par une personne autorisée à ce faire par les lois d'un pays étranger, lorsqu'il est accompagné d'un certificat émanant d'une personne visée au paragraphe (2) du présent article, attestant l'authenticité de la signature et la qualité officielle de la personne l'attestant ou de la personne autorisée à ce faire par la loi étrangère et dont émane le certificat mentionné plus haut; Documents publics étrangers

i) tout ce que la loi présume authentique. Autres lois

97 (2) Un agent diplomatique ou consulaire du Canada, ou s'il est accrédité au Canada, un agent diplomatique ou consulaire du pays d'où provient le document, peut effectuer une certification conforme à l'alinéa *h*) du paragraphe (1). Certification de documents étrangers

97 (3) Si toutes les parties ont eu une occasion raisonnable d'examiner l'authenticité et l'exactitude d'un document visé par l'alinéa *h*) du paragraphe (1), le juge peut alors, pour raison valable, ordonner que ce document soit tenu pour authentique sans certification, ou en permettre la preuve par un simple sommaire attesté, avec ou sans certification. Discrétion judiciaire: documents étrangers

98 **48.** L'authentification d'un écrit ne requiert pas la déposition du témoin instrumentaire, à moins que la loi du lieu régissant la validité de l'écrit ne l'exige. Déposition du témoin instrumentaire

TITRE V

MODES DE PREUVE

CHAPITRE I GÉNÉRALITÉS

Établissement des faits

49. La preuve des faits peut se faire par témoins, par écrit, par la présentation d'une preuve matérielle, par l'aveu des parties, par présomptions, déductions ou connaissance d'office. 98

CHAPITRE II LA PREUVE PAR TÉMOINS

Généralités

Affirmation solennelle

50. Avant de rendre témoignage, un témoin doit déclarer: 98

«Je promets de dire la vérité. Je sais que je suis passible de poursuites judiciaires si je mens ou si je trompe volontairement le tribunal».

Explications

51. Le juge peut, le cas échéant, donner à une personne les explications pour s'assurer qu'elle comprend bien l'obligation de dire la vérité. 99

Connaissance personnelle du témoin

52. Nul, sauf le témoin expert, ne peut rendre témoignage avant qu'une preuve suffisante n'ait été fournie, démontrant qu'il a bien eu connaissance personnelle des faits. 100

Cette preuve peut être faite, entre autres façons, par le témoin lui-même.

Interprète et traducteur

53. L'interprète et le traducteur sont soumis à l'ensemble des dispositions du présent Code relatives à la preuve par témoins. 100

Toutefois, au lieu de promettre de dire la vérité, ils doivent promettre, selon le cas, d'interpréter ou de traduire fidèlement.

Aptitude à témoigner et contraignabilité

Aptitude à témoigner: règle générale

54. Sous réserve des dispositions de la loi, toute personne est apte à témoigner en 100

justice sur toute question et peut être contrainte de le faire.

101 **55.** (1) Un juge ne peut rendre témoignage dans le cours du procès qu'il préside. **Inaptitude du juge et des jurés**

Un juré ne peut rendre témoignage dans le cours du procès pour les fins duquel il a été assermenté.

101 (2) Aucun juré ne peut, dans une instance portant sur la validité d'un verdict, témoigner sur celui-ci. **Témoignage d'un juré à l'encontre d'un verdict**

101 **56.** L'accusé, dans une instance criminelle, ne peut être contraint de rendre témoignage. **Non-contraignabilité de l'accusé**

Le juge, la poursuite et la défense peuvent cependant commenter le fait qu'il n'ait pas témoigné et l'arbitre des faits peut en tirer toute conclusion raisonnable.

101 **57.** Une personne qui est liée à l'accusé par un lien familial ou analogue, ne peut être contrainte par la poursuite dans une instance criminelle de rendre témoignage si, eu égard à la nature de la relation entre ces deux personnes, à la valeur probante attendue de son témoignage et à la gravité de l'infraction, il ressort que le danger d'une rupture possible de cette relation ou la rigueur de la contrainte à exercer l'emportent sur la nécessité d'obtenir son témoignage. **Relations familiales, non-contraignabilité**

Interrogatoire des témoins

102 **58.** (1) Sous réserve des dispositions du présent article, c'est aux parties au litige que revient la tâche de présenter la preuve et d'interroger les témoins. **Présentation de la preuve par les parties**

102 (2) Le juge doit assurer un contrôle raisonnable de la présentation de la preuve et de l'interrogatoire des témoins, de façon à promouvoir efficacement la découverte de **Contrôle judiciaire**

la vérité, à éviter des délais inutiles et à mettre les témoins à l'abri des harcèlements et des tracasseries.

Pouvoirs du juge

(3) Le juge peut, exceptionnellement, si la chose paraît essentielle à la juste détermination du litige, entendre ou interroger lui-même un témoin pour clarifier ou élucider la preuve. 103

Questions suggestives au témoin de la partie

59. (1) La partie qui interroge son témoin ne peut lui poser de questions suggestives que sur des faits préliminaires ou non contestés, ou que si la chose est nécessaire pour expliquer le témoignage. 103

Elle peut également le faire s'il appert que le témoin entend donner seulement des réponses qu'il considère dommageables aux intérêts de la partie qui l'a assigné.

Questions suggestives aux témoins de la partie adverse

(2) La partie qui interroge le témoin d'une autre partie peut lui poser des questions suggestives à moins que, selon toute apparence, il entende donner seulement des réponses qu'il considère favorables aux intérêts de la partie qui l'interroge. 103

Définition

(3) On entend par «question suggestive», la question qui suggère la réponse souhaitée par la partie qui interroge le témoin. 103

Rappel à la mémoire du témoin

60. (1) Lorsqu'un témoin est incapable de se bien souvenir d'un fait, la partie qui l'interroge peut lui poser des questions ou utiliser un document, un objet ou d'autres moyens pour l'aider à se remémorer ce fait. 104

Ces techniques doivent cependant être telles qu'elles contribuent à favoriser ce rappel et non à induire en erreur le témoin ou à l'inciter au mensonge.

Droit de la partie adverse: production d'aide-mémoire

(2) La partie adverse peut exiger la production d'un aide-mémoire utilisé par un témoin avant ou pendant son témoignage. 104

Elle peut également procéder à l'inspection de cet aide-mémoire, contre-interroger le témoin à son sujet et introduire en preuve toute partie de celui-ci se rapportant au témoignage rendu.

105 **61.** (1) Le juge peut exclure un témoin de la salle d'audience, de façon à l'empêcher d'entendre les autres témoignages. Exclusion des témoins

Le juge doit procéder à cette exclusion à la demande de l'une des parties.

105 (2) La règle prévue au paragraphe précédent ne permet pas cependant d'exclure de la salle d'audience l'une des parties du litige ou, lorsque cette partie est une personne morale, l'administrateur ou l'employé de celle-ci désigné par son conseiller juridique, non plus qu'une personne dont la présence est indispensable à la présentation de la cause d'une des parties. Exceptions

(3) Le juge peut défendre à quiconque de discuter de la preuve présentée avec un témoin qui n'a pas encore été entendu. Interdiction de discuter de la preuve

Cette règle ne s'applique pas cependant aux discussions qui peuvent intervenir entre l'accusé et son avocat, et, dans un procès civil, entre l'avocat et la partie.

Crédibilité des témoins

105 **62.** Sous réserve des exceptions prévues au présent Code, toute partie a le droit d'interroger un témoin ou de produire une autre preuve pertinente, dans le but d'attaquer ou de défendre la crédibilité de celui-ci. Attaque de la crédibilité d'un témoin

108 **63.** Une preuve sur les tendances à la franchise ou au mensonge d'un témoin ne peut être admise pour attaquer ou défendre sa crédibilité, à moins d'avoir une valeur probante substantielle. Tendance à la franchise d'un témoin

Preuve de condamnation criminelle antérieure d'un témoin

64. (1) La preuve de la condamnation criminelle d'un témoin ne peut être admise pour attaquer sa crédibilité, lorsqu'il y a eu pardon ou que cinq années se sont écoulées depuis la dernière en date de sa plus récente condamnation ou de sa libération. 109

Traits de caractère de l'accusé

(2) A moins que l'accusé lui-même n'ait, le premier, produit une preuve à seule fin de soutenir sa propre crédibilité comme témoin, aucune preuve de ses traits de caractère ne peut être admise au cours d'un procès criminel, dans l'unique but d'attaquer sa crédibilité comme témoin, même celle d'une condamnation pour un acte criminel. 109

Déclaration antérieure

65. Lors de l'interrogatoire d'un témoin sur une déclaration antérieure qu'il a faite, il n'est pas nécessaire de la lui divulguer, sauf si le juge l'exige. 110

Exclusion d'une preuve extrinsèque

66. Le juge peut exclure une preuve extrinsèque portant sur la crédibilité d'un témoin, et relative, par exemple, à ses penchants, à ses intérêts, à ses préjugés, à sa réputation ou à une contradiction entre son témoignage et une de ses déclarations antérieures, lorsque ce témoin n'a pas eu l'occasion de démentir ou d'expliquer ces faits. 110

Témoignage d'expertise et d'opinion

Règle générale

67. Hormis l'expert, aucun témoin ne peut faire part de ses opinions ou de ses conclusions à moins qu'elles ne soient fondées sur des faits perçus par lui-même et qu'elles ne soient utiles soit à une narration claire des faits, soit à la solution par l'arbitre des faits d'un problème soulevé au cours du litige. 110

Interrogatoire sur les fondements d'une opinion

68. Le juge peut exiger qu'avant de faire part de son opinion ou de ses conclusions, un témoin soit interrogé sur les faits sur lesquels il s'appuie. 111

112 **69.** Le témoignage au cours duquel le témoin donne son opinion ou ses conclusions et qui est normalement admissible en preuve, peut être entendu même s'il porte sur un point litigieux relevant de l'appréciation finale de l'arbitre des faits. Question finale

112 **70.** Le témoin reconnu comme expert en raison de ses connaissances, de sa compétence, de ses expériences, de sa formation ou de son éducation, peut donner son opinion au cours de son témoignage lorsque l'information scientifique, technique ou spécialisée qu'il apporte est susceptible d'aider l'arbitre des faits à mieux comprendre la preuve, ou à résoudre un problème en litige. Témoignage d'expert

71. Le témoin expert peut fonder son opinion ou ses conclusions: Fondements de l'opinion d'un expert

112 *a*) sur les faits qu'il a perçus; Faits perçus par lui

112 *b*) sur les faits qui lui ont été révélés avant l'audition, même s'ils ne sont pas d'ordinaire admissibles en preuve, du moment qu'ils appartiennent à la catégorie de ceux qui servent en général de base aux opinions et conclusions d'experts sur le sujet; Faits provenant d'autre source

112 *c*) sur les faits admis ou que l'on entend admettre en preuve dans le litige et dont il tient la véracité pour acquise dans le but précis de donner son opinion ou ses conclusions. Questions hypothétiques

113 **72.** La partie qui veut faire entendre un témoin expert doit donner un avis raisonnable aux parties en cause mentionnant le nom, l'adresse et les qualifications du témoin, ainsi que le contenu probable de son témoignage et un résumé des motifs à l'appui de chaque opinion ou conclusion que le témoin se propose de formuler. Audition d'un témoin expert: avis aux parties

113 **73.** (1) Le juge, s'il l'estime utile, peut nommer lui-même un expert indépendant. Expert indépendant

Celui-ci, si faire se peut, doit être agréé par les parties.

Instructions du juge à l'expert indépendant

(2) Le juge doit donner à l'expert indépendant les directives utiles à l'exercice de ses fonctions. Ces directives, si faire se peut, doivent être approuvées par les parties. 113

Témoignage de l'expert indépendant

(3) L'expert indépendant doit soumettre une opinion écrite au juge et aux parties. Il peut, par la suite, être appelé comme témoin par le juge ou par les parties et être interrogé par elles. 113

Rémunération de l'expert indépendant

(4) L'expert indépendant a droit à une rémunération raisonnable de ses services. Le montant en est fixé par le juge. 113

En matières criminelles, cette rémunération est payée à même les deniers prévus par la loi.

En matières civiles, les parties doivent payer ces sommes dans la proportion et au moment fixés par le juge.

CHAPITRE III LA PREUVE ÉCRITE ET MATÉRIELLE

Généralités

Règle générale

74. (1) L'arbitre des faits peut tirer les conclusions qu'il juge raisonnables de son appréciation de la preuve écrite et matérielle. 114

Définition

(2) On entend par «preuve écrite et matérielle», tout ce qui est soumis à l'examen de l'arbitre des faits, tels les écrits, les enregistrements, les photographies, les objets, les sites, l'état physique d'une personne et les manifestations visuelles ou auditives. 114

Preuve du contenu des écrits, enregistrements et photographies

Règle de la meilleure preuve

75. Sous réserve des exceptions prévues par la loi, celui qui entend prouver le contenu 114

d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie doit en produire l'original.

115 **76.** Le double est admissible en preuve au même titre que l'original, à moins que l'authenticité de l'original ne fasse l'objet d'une contestation sérieuse ou que, eu égard aux circonstances, la production du double à la place de l'original ne puisse être cause d'injustice. Admissibilité d'un double

115 **77.** Le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie peut, dans les cas suivants, être prouvé autrement que par la production de l'original: Admissibilité d'autres preuves

116 *a*) lorsque la perte ou la destruction de tous les originaux n'a pas été provoquée, de mauvaise foi, par la partie qui entend s'en servir; Perte de l'original

116 *b*) lorsque aucun moyen judiciaire ou procédural ne permet d'obtenir l'original; Impossibilité de se procurer l'original

116 *c*) lorsque la partie contre laquelle la preuve est offerte et qui était en possession de l'original, a été prévenue par les plaidoiries ou autrement que le contenu de celui-ci ferait l'objet d'une preuve à l'enquête et audition, et qu'elle refuse alors de le produire; ou Possession de l'adversaire

116 *d*) lorsque l'écrit, l'enregistrement ou la photographie n'a pas de relation causale directe avec un point important du litige. Absence de relation causale

116 **78.** Le contenu d'un registre officiel ou d'un document enregistré ou déposé, conformément aux dispositions de la loi, y compris une compilation quelconque de données, peut, sous réserve des règles générales d'admissibilité, être prouvé par la production d'une copie certifiée. Document public, registre officiel

La certification de cette copie par comparaison avec l'original doit être faite par témoin ou conformément aux dispositions de l'article 47.

Toutefois, lorsqu'une copie n'en peut être obtenue, malgré diligence raisonnable, tout autre moyen de preuve est admissible pour établir le contenu de ce registre ou document.

Résumé d'écrits volumineux

79. Le contenu de photographies, d'écrits ou d'enregistrements volumineux, qui ne peuvent commodément être examinés en cour, peut être présenté sous forme de diagrammes, de résumés ou de calculs. 116

Toutefois, les originaux ou leurs copies doivent être mis à la disposition des autres parties pour examen et transcription en un lieu et à un moment adéquats.

Le juge peut également ordonner qu'ils soient produits en cour.

Preuve du contenu d'un écrit, etc.

80. Le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie peut être prouvé par le témoignage, la déposition ou l'aveu écrit de la partie contre laquelle ils sont invoqués en preuve, sans qu'il soit nécessaire de justifier la non-production de l'original. 116

Définitions

81. Aux fins du présent chapitre,

Double

a) on entend par «double» le duplicata issu d'une même impression que l'original ou provenant d'une même matrice. 117

Ce mot désigne aussi le duplicata produit par photographie, y compris les agrandissements et miniaturisations, celui produit par enregistrement mécanique ou électronique, par reproduction chimique, ou par un autre procédé équivalent, propre à assurer une reproduction fidèle de l'original.

Original

b) on entend par «original» d'un écrit ou enregistrement, l'écrit ou l'enregistrement lui-même ou toute autre reproduction destinée à produire le même effet que ceux-ci par celui qui les rédige ou les fait. L'«original» d'une photographie comprend le négatif et un tirage de celui- 117

ci. L'«original» de l'information entrée sous une forme facilement repérable par un ordinateur ou une autre machine semblable, comprend les feuillets imprimés et les autres documents lisibles, qui reflètent fidèlement lesdites données.

117 *c*) on entend aussi par «photographie» le film provenant d'un appareil de photographie ou d'une caméra, ainsi que le film d'une radiographie. Photographie

117 *d*) on entend par «écrit» et «enregistrement» les lettres, mots, chiffres ou leurs équivalents manuscrits, dactylographiés, imprimés, photostatés, photographiés ou reproduits par impulsion magnétique, enregistrement mécanique ou électrique, ainsi que toute autre forme de compilation de données. Écrit et enregistrement

CHAPITRE IV LA CONNAISSANCE D'OFFICE

118 **82.** La «connaissance d'office» permet l'utilisation d'un fait qui n'a pas été établi conformément aux règles de la présentation et de l'admissibilité de la preuve. Connaissance d'office

118 **83.** (1) On doit prendre connaissance d'office de tout fait d'une connaissance si notoire qu'il ne saurait raisonnablement être contesté. Fait notoire

118 (2) On peut prendre connaissance d'office de tout fait d'une connaissance si notoire, dans les limites de la juridiction du tribunal, qu'il ne saurait raisonnablement être contesté. Fait notoire dans les limites de la juridiction du tribunal

On peut également prendre connaissance d'office de tout fait qui peut être constaté rapidement et avec exactitude par référence à des sources dont on ne saurait raisonnablement mettre en doute la sûreté.

119 (3) On peut prendre connaissance d'office de tout fait dans la détermination de la loi ou de la validité constitutionnelle d'un statut. Détermination de la loi

84. (1) On doit prendre connaissance d'office:

Droit constitutionnel et législation publique et privée

a) du droit constitutionnel, de la législation publique et privée et du droit jurisprudentiel canadien et provincial; 119

Droit international coutumier

b) du droit international coutumier et des traités s'appliquant au Canada; 120

Contenu des gazettes officielles

c) du contenu des gazettes officielles, canadienne et provinciales. 120

(2) On peut prendre connaissance d'office:

Textes réglementaires et délibérations officielles

a) des textes réglementaires et des délibérations officiellement consignées d'un organe législatif, exécutif ou judiciaire relevant d'un organisme fédéral, provincial ou municipal; 120

Droit étranger

b) du droit d'un pays étranger ou de l'une de ses subdivisions politiques. 120

Détermination par le juge, application du droit canadien

(3) Le juge qui est dans l'impossibilité de déterminer le droit d'un pays étranger peut soit renvoyer l'action, soit décider du litige à partir du droit canadien et du droit de la province où il siège. 120

Demande de connaissance d'office

85. (1) On doit prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2) sur demande d'une des parties au juge. 120

Cette partie doit cependant donner à la partie adverse un avis suffisant lui permettant de contester la demande, et fournir au juge les éléments d'information nécessaires à cette prise de connaissance d'office.

Sources consultées

(2) Lorsqu'il doit décider, soit de l'opportunité de prendre connaissance d'office, soit des faits qui doivent faire l'objet de cette connaissance, le juge peut puiser à toutes les sources susceptibles de lui procurer des renseignements pertinents même si elles ne lui ont pas été fournies par l'une des parties. 120

120 (3) Avant de prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2), le juge doit, sur demande, donner à chaque partie la possibilité de faire des représentations sur ces faits et sur l'opportunité de prendre connaissance d'office. Représentations et droits des parties

121 Lorsque le juge utilise à cette fin des renseignements non divulgués à l'audience, tel l'avis de spécialistes, ces renseignements et leur source doivent être consignés au dossier. Le juge doit de plus, sur demande, permettre aux parties de faire des représentations sur la valeur de ces renseignements.

121 (4) Le juge doit ordonner au jury d'accepter comme prouvé tout fait qui aurait dû être laissé à l'appréciation du jury, s'il n'était pas tombé sous connaissance d'office. Connaissance judiciaire du jury

121 (5) On peut prendre connaissance d'office d'un fait à toute étape de la procédure. Règle générale

TITRE VI

APPLICATION DU CODE

121 **86.** (1) Les dispositions du présent Code s'appliquent aux instances criminelles ainsi qu'aux instances évoquées devant la Cour Fédérale et devant la Cour Suprême du Canada. Application. Règle générale

Sont exclus toutefois, dans ce dernier cas, les appels des instances qui ne sont pas elles-mêmes régies par le présent Code.

121 (2) Seules les dispositions des articles 4 et 5 concernant les règles de pertinence et d'exclusion, et celles des articles 32 à 45 concernant le droit au secret, s'appliquent aux instances portant sur la détermination des faits préalables prévus à l'article 7(1). Application. Règles particulières

Il en est de même des instances portant sur la nécessité de prendre connaissance

d'office, sur la détermination des faits dont on peut prendre connaissance d'office, et de la procédure criminelle touchant la détermination des sentences, l'octroi d'une libération, l'émission de sommations et de mandats, la remise en liberté sous cautionnement ou sous autres formes et l'octroi ou la révocation d'une ordonnance de probation.

Application aux procédures d'enquête et d'arbitrage

87. Les dispositions des articles 4 et 5, portant sur les règles de pertinence et d'exclusion, et des articles 32 à 45, concernant le droit au secret, s'appliquent aux procédures d'enquête judiciaire, arbitrales ou autres, tombant sous l'autorité des lois du Canada. 122

A cet effet, celui qui est chargé de l'application de ces règles possède tous les pouvoirs conférés au juge par le présent Code.

TITRE VII

ABROGATION

Abrogation de la règle de l'arrêt *Hodge*

88. Pour plus de certitude, il est décidé:

a) qu'est abolie la règle de droit connue sous le nom de la règle de l'arrêt *Hodge;* 122

Abrogation de la nécessité d'une corroboration et de la mise en garde au jury

b) que sont abolies toutes les règles de droit posant la nécessité de corroborer un élément de preuve pour rendre un verdict de culpabilité, obligeant à mettre le jury en garde contre le danger de rendre un verdict de culpabilité sur la base d'une preuve non corroborée. 122

Abrogations législatives

89. Les dispositions législatives suivantes sont abrogées:

S.R.C. 1970 ch. E-10

a) La *Loi sur la preuve au Canada*, chapitre E-10 des Statuts Revisés du Canada de 1970; 123

S.R.C. 1970 ch. 34, art. 47 (2), 123, 139(1), 195(3), 256, 585

b) Les articles 47(2), 123, 139(1), 195(3), 256(2) et 586 du *Code Criminel*, chapitre C-34 des Statuts Revisés du Canada de 1970; 124

124	*c*) L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*, chapitre 10 (2e Supplément) des Statuts Revisés du Canada de 1970; et	S.R.C. (2e Supp.) 1970 ch. 10, art. 41
124	*d*) L'article 19 de la *Loi sur les jeunes délinquants*, chapitre J-3 des Statuts Revisés du Canada de 1970.	S.R.C. 1970 ch. J-3, art. 19

COMMENTAIRES

SUR LE

CODE DE LA PREUVE

Commentaires sur les articles

TITRE I – PRINCIPES GÉNÉRAUX

Chapitre I – But et interprétation du Code

Articles 1 et 2: Ces deux articles reflètent l'esprit qui a animé la rédaction du Code et doit en sous-tendre l'interprétation. Les règles établies par le présent Code doivent s'interpréter libéralement et avec souplesse, de façon à promouvoir les fins de la justice et à faciliter la prise de décision dans chaque cas particulier.

C'est à dessein qu'on a donné à ces articles une formulation très générale, leur objectif principal étant de faire disparaître cette approche empreinte de technicité et d'étroitesse qu'adoptent les tribunaux envers un problème de preuve et qui leur vient du *common law*. Le Code devra, pour donner sa pleine mesure, recevoir une interprétation libérale et conforme à sa finalité propre.

Article 3: Le Code s'efforce de toucher à tous les domaines qui se rattachent au droit de la preuve. Néanmoins, si un problème surgit auquel le Code n'apporte pas de solution, il doit en vertu de cet article être résolu à la lumière de la raison et de l'expérience et en harmonie avec les objectifs visés par le Code. Le précédent jurisprudentiel constitue sans contredit une source importante d'expé-

rience qu'il n'est pas interdit de consulter, mais il ne lie plus les tribunaux. Le caractère exhaustif de leur champ d'application qui découle de cet article transforme donc les règles en code. L'article 3 n'englobe pas les problèmes de procédure bien que ceux-ci puissent avoir une influence considérable sur certains aspects de la preuve. Il en est ainsi des règles relatives à la communication de la preuve, et de celles qui régissent la visite des lieux reliés au litige.

Chapitre II – Dispositions générales

Article 4: Cet article constitue la pierre angulaire de l'ensemble du Code. Un système rationnel d'enquête doit reposer sur le postulat voulant qu'une information de nature à aider le tribunal à trancher le litige doit être admissible. L'article 4 fait de cet énoncé la règle générale, et il abolit par le fait même toutes les autres règles qui, à l'heure actuelle, font obstacle à la présentation d'une preuve pertinente. D'autres dispositions du Code se situent dans la même ligne de pensée. C'est notamment le cas de l'article 54; celui-ci pose le principe à l'effet que toute personne est apte à rendre témoignage en justice sur n'importe quelle question et peut être contrainte de le faire. C'est également le cas de l'article 32; celui-ci énonce le principe à l'effet que nul ne peut empêcher la divulgation au tribunal d'un élément d'information.

Bien sûr d'autres articles du Code prévoient l'exclusion de preuves pertinentes, lorsque des motifs sérieux de politique sociale l'emportent sur l'intérêt que peut offrir l'admission de ces éléments de preuve. Cependant, si un élément de preuve est pertinent et qu'il n'existe à son sujet aucune règle d'exclusion, soit dans le Code, soit dans une autre loi, il est recevable en preuve.

La pertinence consiste dans la relation qui existe entre un élément de preuve et la proposition qu'on cherche à établir. Dans une instance judiciaire, un élément de preuve possède ce caractère de pertinence s'il vise à établir un fait en litige. Comme on peut le constater, la pertinence n'est pas un concept juridique. C'est à la raison et au sens commun qu'on doit faire appel pour décider si l'existence d'un fait vise à prouver l'existence d'un autre fait.

Article 5: Un procès ne constitue pas une recherche scientifique abstraite visant à découvrir la vérité absolue. C'est une entreprise très pratique qui cherche dans un délai et à un coût raisonnables, à résoudre un conflit entre deux ou plusieurs parties. Il faut donc réaliser un équilibre entre la recherche de la vérité et la nécessité de trancher une dispute avec célérité. Voilà pourquoi cet article prévoit l'exclusion d'un élément de preuve, tout pertinent qu'il soit, si le risque de prolonger indûment le débat l'emporte de façon substantielle sur sa valeur probante.

De par sa nature, une instance judiciaire ne peut donner lieu à un débat parfaitement rationnel et serein. A cela on compte plusieurs raisons: des êtres humains y sont engagés de façon très intime; les enjeux sont considérables; passions et émotions s'entrechoquent; l'arbitre des faits est souvent assez peu rompu à l'art d'évaluer des preuves contradictoires. Aussi le juge doit-il avoir le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve pertinente lorsque le risque de causer un préjudice indu, d'obscurcir le débat ou de tromper le jury l'emporte de façon substantielle sur sa valeur probante.

Ces divers dangers, qui ont tous été signalés par le *common law*, sous-tendent la plupart des règles de preuve. Si certains juges reconnaissent explicitement le pouvoir que leur confère la loi d'écarter une preuve parce que la présence de l'un de ces risques l'emporte sur sa force probante, il arrive plus souvent qu'ils justifient son exclusion en la qualifiant de non pertinente. Cet article leur permet de faire preuve de plus de franchise en motivant leur décision. Il faut souligner que cette disposition ne modifiera pas beaucoup la pratique actuelle, sauf pour les secteurs dans lesquels nous avons recommandé l'abolition d'une règle d'exclusion à laquelle le *common law* avait conféré un caractère très strict; c'est le cas par exemple de la règle relative à un fait collatéral.

L'expression «préjudice indu» se rapporte à une situation où la preuve est de nature à faire appel aux émotions ou à amener le tribunal de quelque façon que ce soit à rendre une décision en se fondant sur des motifs inacceptables. Néanmoins, cette expression ne fait pas allusion ici à l'obtention irrégulière d'une preuve, cette question faisant l'objet de l'article 15.

TITRE II – COMPÉTENCE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE DE PREUVE

Article 6: Dans les procès entendus devant juge et jury, il appartient généralement à ce dernier de trancher les questions de fait; de son côté, le juge décide du droit applicable aux faits.

Lors d'un procès instruit devant juge seul, celui-ci accomplit l'une et l'autre fonctions.

Article 7: Dans la plupart des cas, une règle de preuve mène à l'exclusion de certains types de preuves. Ainsi lorsqu'on soulève lors du procès une objection à la recevabilité d'un élément de preuve, la cour doit décider si celui-ci est exclu par le biais d'une règle particulière. Cette décision entraîne souvent la détermination de certains faits, communément appelés faits préalables, tels que l'existence d'une relation avocat-client, le caractère volontaire d'une déclaration, la compétence d'un témoin pour déposer à titre d'expert, l'impossibilité de venir rendre témoignage pour celui dont on veut présenter en preuve les déclarations, l'appartenance à la victime d'une chemise souillée. Cet article expose la procédure à suivre pour trancher ces questions préalables. Bien qu'à cet égard, le droit actuel ne soit pas d'une grande limpidité, l'article 7 ne diffère pas beaucoup de la pratique qui a cours présentement, sauf en ce qui concerne le paragraphe (5).

Le premier paragraphe énonce la règle générale. En temps normal, il incombe au juge de se prononcer sur l'existence d'un fait préalable si celle-ci conditionne l'application d'une règle de preuve. Cela est nécessaire si on veut que le procès se déroule rondement et si on veut éviter de contrecarrer les objectifs de la règle d'exclusion en faisant entendre une preuve au jury pour ensuite l'inviter à n'en point tenir compte. Dans les circonstances ordinaires, le juge sera en mesure de se prononcer sur la recevabilité d'une preuve en se fondant uniquement sur celle qui a été rapportée. Il se peut qu'il ait parfois à ordonner la tenue d'une audition spéciale à cette fin, soit un voir-dire, et à entendre une preuve indépendante. Il n'est pas lié au cours du voir-dire par les règles de preuve, à l'exception des règles d'application générale relatives à la pertinence et à l'exclusion d'un élément de preuve

(articles 4 et 5) et de celles qui concernent le secret (articles 32 à 45): voir l'article 86(2).

Une partie peut s'objecter à l'admissibilité d'une preuve en alléguant qu'elle n'est pas pertinente à moins qu'on ne démontre l'existence d'un fait préalable. Par exemple, une chemise souillée peut n'avoir de pertinence que si on prouve son appartenance à la victime; une lettre, si on établit un lien de paternité entre le demandeur et elle; une empreinte de pas, si elle appartient au prévenu. Dans ce cas, le paragraphe (2) déclare cette preuve admissible si le juge constate qu'il existe suffisamment de preuve pour justifier une conclusion favorable à l'existence du fait préalable.

Il appartient au jury de se prononcer sur cette question. Si le juge devait déterminer des questions préalables avant que cette preuve ne soit recevable, il se trouverait à usurper le rôle d'arbitre des faits du jury. Étant donné que l'exclusion de cette preuve en devenir est attribuable uniquement à sa non-pertinence, et non pas à des considérations de politique législative, il n'y a pas de risque à permettre au jury de l'entendre, même s'il conclut à l'inexistence du fait préalable.

Il arrive parfois, quoique assez rarement, qu'un fait préalable constitue le fond du litige. Il en est ainsi lorsque, dans une action fondée sur un contrat, le demandeur allègue la perte de l'original pour offrir une preuve secondaire de son contenu. (*cf.* art. 77*a*) Il se peut que, de son côté, le défendeur nie l'existence de l'original parce qu'il nie l'existence même du contrat. En se prononçant sur l'admissibilité de la preuve secondaire du contenu du présumé contrat, on se trouve par la force des choses à trancher le fond du litige, soit l'existence du contrat. Cette décision étant manifestement du ressort de l'arbitre des faits, c'est à lui qu'il appartient, en vertu du paragraphe (3), de déterminer un fait préalable, lorsque celui-ci constitue également un fait en litige. Autrement, le juge se trouverait à usurper le rôle du jury.

Le paragraphe (4) prévoit que l'audition relative à la détermination des questions préalables doit avoir lieu hors la présence du jury dans les cas suivants: lorsque la preuve qu'on désire présenter risque de ternir l'image de l'administration de la justice; lorsque la preuve consiste dans une déclaration faite à une personne en situation d'autorité (il s'agit habituellement d'une confession); lorsque l'accusé témoigne et demande l'exclusion du jury; chaque fois que

de l'avis du juge, cette mesure s'impose dans l'intérêt de la justice. Du fait que cette audition a lieu en l'absence du jury, il faut souvent répéter en présence de ce dernier certaines preuves qu'on a présentées à la première occasion. Mais cela est nécessaire, dans les cas énumérés au présent paragraphe, si on veut empêcher le jury de prendre connaissance de preuves préjudiciables que le juge peut décider d'écarter au terme du voir-dire.

Le paragraphe (5) interdit à la Couronne d'interroger le prévenu sur la véracité d'une déclaration, lorsque celui-ci décide de témoigner lors d'un voir-dire visant à faire exclure cette déclaration extrajudiciaire. Ce changement apporté au droit actuel se justifie par le peu de valeur probante que présente généralement cette question par rapport à l'objet du voir dire, de même que par l'atteinte sérieuse qu'elle porte au droit au silence dont jouit le prévenu.

Article 8: Il arrive qu'une preuve soit recevable contre une partie au litige et non contre une autre. Il en est ainsi de la confession faite par le prévenu; celle-ci ne peut servir de preuve contre un autre accusé. Il arrive également qu'une preuve ne soit admissible qu'à une seule fin. C'est le cas d'une condamnation antérieure dont l'admission en preuve peut servir à affaiblir la crédibilité du prévenu, mais non pas à établir que celui-ci est un «vilain» et qu'il avait un penchant à commettre le crime imputé. A cet effet, l'article 8 exige que le juge restreigne un élément de preuve à sa véritable portée, et qu'il indique, à l'intention du jury, l'utilisation particulière qu'il peut en faire. On aura rarement à recourir à cette règle, tellement il est difficile pour le jury de suivre ces directives.

Article 9: L'objectif visé par cette règle qui codifie le droit actuel est d'empêcher une partie de présenter un élément de preuve hors de son contexte et de donner ainsi à l'arbitre des faits une fausse impression dont il aura peine à se défaire.

Article 10: Le résumé juste et impartial de la preuve que fait le juge à la fin du procès joue un rôle très positif. Il situe la preuve sous son jour véritable à l'intention des jurés qui, bien souvent, viennent d'assister à un long procès au cours duquel ils ont fait une expérience inédite, soit écouter des témoignages ainsi que les plaidoiries partisanes des divers avocats au dossier. Les commentaires

du juge sur le poids à accorder à la preuve s'avèrent également d'un précieux secours pour le jury. Le juge possède en effet une vaste expérience dans l'art de peser la preuve. S'il partage son expérience avec le jury dont les seules lettres de créance consistent après tout dans sa représentativité par rapport à la collectivité dont il émane, les résultats n'en seront que meilleurs. Il est toutefois essentiel qu'en faisant ses commentaires, le juge n'incite pas le jury à croire qu'il doit accepter son évaluation de la preuve.

Article 11: Cette règle s'adresse aux cours d'appels et elle vise le cas où le tribunal de première instance a commis une erreur en admettant ou en écartant un élément de preuve. L'article cherche à atteindre divers objectifs: éliminer les appels frivoles, décourager l'octroi de nouveaux procès par suite d'erreurs de peu d'importance et, dans la mesure du possible, veiller à ce qu'au cours du procès, le juge soit toujours informé par les plaideurs de l'application des règles de preuve. L'article 11 codifie en gros le droit actuel. Le paragraphe (1) énonce la règle générale à l'effet que la décision de l'arbitre des faits ne doit pas être renversée, à moins que l'erreur relative à l'admission ou à l'exclusion d'une preuve n'ait causé un tort important ou n'ait créé une injustice sérieuse. De plus, l'exclusion erronée d'un élément de preuve ne peut donner lieu à une annulation de la décision que si, de l'avis de la cour d'appel, la pertinence et l'essentiel du contenu de cette preuve ont été portés à la connaissance du juge. Le paragraphe (2) prévoit qu'en décidant si l'erreur dans la réception de la preuve doit mener au renversement du jugement de première instance, la cour d'appel doit prendre en considération l'existence ou la non-existence d'une objection particularisée et opportune à l'admissibilité de cette preuve.

TITRE III – FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉSOMPTIONS

Chapitre I – Les Fardeaux de Preuve

Article 12: L'expression «fardeau de preuve» est souvent source de confusion. Cet état de choses s'explique, du moins en partie, par le fait qu'elle englobe deux concepts distincts. Elle se rapporte

parfois à la responsabilité qui incombe à l'une des parties de persuader l'arbitre des faits de l'existence d'un fait en litige à défaut de quoi la décision lui sera défavorable. Voilà pourquoi le paragraphe (1) parle de «fardeau de persuasion», expression qui semble décrire plus fidèlement cette réalité.

On donne aussi à l'expression «fardeau de preuve» un autre sens. Il concerne la responsabilité qui incombe à une partie de présenter une preuve suffisante pour que le juge soit fondé à conclure à l'existence d'un fait en litige. Faute par l'intéressé de s'acquitter de cette obligation, le juge rend une décision contraire à ses prétentions et celles-ci ne sont même pas prises en considération par l'arbitre des faits. En réalité, le juge décide alors que la partie sur laquelle reposait ce fardeau n'a présenté aucune preuve qui pourrait permettre à une personne raisonnable de faire droit à ses prétentions. C'est l'article 13(1) qui définit ce concept.

L'article 12(2) vise à atteindre deux objectifs. Il aide d'abord à préciser quelle partie se voit imposer l'obligation de persuasion dans les affaires civiles. Il indique ensuite quel niveau de persuasion la preuve doit atteindre pour que l'intéressé s'acquitte de son obligation. Le fardeau de persuasion relatif à chacun des faits en litige incombe normalement à celui qui, pour les besoins de sa cause, doit en faire la démonstration. Étant donné qu'il veut obtenir réparation du défendeur, le demandeur assume généralement le fardeau de persuader l'arbitre des faits de tous les éléments qui constituent sa cause d'action. C'est le droit de fond qui précise les faits essentiels à la cause d'action du demandeur, de même que les défenses affirmatives que peut invoquer le défendeur et au sujet desquels il assume normalement le fardeau de persuasion.

Les remarques précédentes énoncent la règle générale concernant la répartition du fardeau de persuasion, et pourtant, ce dernier repose parfois sur les épaules de celui-là même qui est visé par une prétention de la partie adverse. Il existe plusieurs raisons pour expliquer cette situation. Dans certains cas, une saine politique sociale ne peut tolérer ce genre de prétention avancée par l'une des parties; dans d'autres cas, celui qui est visé par une allégation est le seul à connaître la preuve ou à la contrôler; dans d'autres cas enfin, les faits à l'appui d'une allégation possèdent un tel degré de probabilité qu'on prolongerait inutilement le débat en

exigeant de celui qui les invoque d'en faire la preuve. Cependant, comme il est difficile d'énoncer des principes généraux concernant l'attribution du fardeau de persuasion, l'article se contente de prévoir que «sauf exception», ce fardeau incombe à celui qui affirme un fait en litige.

En droit actuel, on exprime souvent de la façon suivante le fardeau de persuasion qui se rattache à une instance civile: celui sur qui repose le fardeau de persuasion doit établir ses prétentions au-delà de la «balance des probabilités» ou suivant les critères de la «prépondérance de preuve». A lire ces deux formules, on dirait qu'il existe des moyens mécaniques de peser la preuve alors qu'en fait une chose est importante: le jury doit être convaincu selon un certain degré de croyance que l'intéressé s'est acquitté du fardeau de persuasion. Or cela ne peut faire l'objet d'une description précise. Il nous semble que le paragraphe (2) décrit le fardeau qui a cours en matières civiles de façon plus exacte que les autres formules qui ont cours présentement.

Dans un certain nombre de situations, par exemple, dans des procédures visant à faire radier un avocat du tableau de l'Ordre, dans des allégations de fraude, de comportement criminel ou de dépravation morale, le droit actuel impose en matières civiles un degré de persuasion plus exigeant que le fardeau de preuve habituel. C'est ainsi qu'on trouve des formules comme «clair et convaincant», «une preuve convaincante» ou même le critère pénal «faire la preuve au-delà du doute raisonnable». Or, il est certain que le niveau de croyance nécessaire pour convaincre l'arbitre des faits varie inévitablement selon les circonstances, y compris le degré de gravité du litige. Il ne paraît donc pas nécessaire de prévoir une multiplicité de niveaux de croyance.

Le paragraphe (3) codifie le droit actuel relativement au fardeau de persuasion en matières criminelles. La règle voulant que nul ne puisse être déclaré coupable d'une infraction, à moins que l'arbitre des faits ne soit convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable, vise à empêcher la condamnation d'un innocent. A cette règle générale les paragraphes (4) et (5) apportent certaines réserves.

Le paragraphe (4) codifie le droit actuel. Il prévoit que la poursuite n'est pas tenue de réfuter tous les moyens de défense qui pourraient exonérer le prévenu, à moins qu'il n'y ait une preuve

suffisante pour susciter un doute raisonnable sur la culpabilité du prévenu. Il serait excessif d'exiger de la poursuite que, dans chaque cas, elle réfute la légitime défense, la contrainte, la provocation et tous les autres moyens de défense, excuses ou justifications, même en l'absence du moindre élément de preuve susceptible d'y donner ouverture.

Le paragraphe (5) crée une exception à la règle générale énoncée au paragraphe (3). Le droit actuel dégage souvent la Couronne de l'obligation de faire la preuve, au-delà du doute raisonnable, d'un élément de certaines infractions. Pour obtenir un acquittement, l'accusé doit assumer lui-même le fardeau de persuasion quant à ce fait, suivant les critères de la prépondérance de preuve. Ainsi, l'accusé ne peut obtenir un acquittement pour cause d'aliénation mentale que s'il établit l'existence de celle-ci par une preuve prépondérante. De même, si on trouve une personne en possession d'un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, dans des circonstances qui permettent raisonnablement de croire qu'elle l'a utilisé ou avait l'intention de l'utiliser pour effectuer une effraction de maison, elle sera déclarée coupable à moins qu'elle n'établisse par une preuve prépondérante qu'elle était en possession de ces instruments dans un dessein légitime. L'étude préliminaire intitulée «Fardeau de preuve et présomptions» et publiée par la section de recherche sur le droit de la preuve, contient une liste des nombreuses autres circonstances où un texte de loi dispense la Couronne de prouver l'une ou l'autre des composantes d'une infraction au-delà du doute raisonnable. Parmi les articles qui imposent au prévenu un fardeau de persuasion, certains emploient le mot *présomption*, d'autres l'expression *moyen de défense*.

L'obligation imposée à la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu au-delà du doute raisonnable constitue la meilleure garantie contre le risque de condamner un innocent. Aussi, recommandons-nous à l'article 14(3) que dans les cas où une présomption a effet contre un prévenu, il suffit pour qu'elle soit réfutée qu'il existe une preuve suffisante pour susciter un doute raisonnable sur l'existence du fait présumé. S'il s'avère préférable de rejeter le fardeau de persuasion sur les épaules du prévenu dans un domaine particulier, le texte de loi devrait le dire de façon claire et nette. C'est ce qui se dégage des paragraphes (3) et (5).

Article 13: En temps normal, celui qui a le fardeau de persuasion relativement à une question particulière assume également le fardeau de présentation de la preuve. En d'autres termes, il doit offrir à l'égard d'un fait une preuve suffisante pour permettre au jury de le prendre en considération. Jusqu'à ce que cette preuve ait été faite, le juge doit statuer qu'eu égard à la preuve offerte, aucune personne raisonnable ne pourrait conclure que l'intéressé s'est acquitté de son fardeau de persuasion. Aussi, l'article 13 établit-il une relation entre le standard à atteindre pour s'acquitter du fardeau de présentation de la preuve sur une question particulière, et le standard relatif au fardeau de persuasion par rapport à la même question. En imposant à une partie le fardeau de présentation de la preuve, on cherche à atteindre plusieurs objectifs: empêcher le jury de tenir compte, relativement à une question particulière, d'une preuve qu'aucune personne raisonnable ne jugerait suffisante pour répondre aux exigences de l'obligation de persuasion; raccourcir le débat en faisant en sorte qu'une partie ne soit pas obligée de présenter une preuve pour réfuter une cause désespérée; enfin, empêcher la poursuite, dans un litige criminel, de forcer le prévenu à faire valoir un moyen de défense jusqu'à ce qu'elle ait établi contre lui une preuve *prima facie* très solide.

Chapitre II – Les présomptions

Article 14: Le mot «présomption» a plusieurs usages et pour bien comprendre la définition portée à cet article, il faut distinguer deux de ses acceptions. Dans son premier sens, ce terme prévoit le cas où, à partir de certains éléments de preuve, l'arbitre des faits peut déduire sans toutefois y être jamais tenu, l'existence du fait sur lequel porte la présomption. Ainsi, on peut déduire de la preuve qu'un individu a frappé un autre à la tête avec un marteau, le fait qu'il avait l'intention de blesser sa victime. C'est là une conclusion logique fondée sur l'expérience. Or, la loi se refuse d'intervenir et elle laisse l'arbitre libre de la tirer ou de s'abstenir de le faire. Ce genre de déduction ne constitue pas une présomption au sens de cet article. Le mot «présomption» a toutefois une autre acception. Il

décrit la situation où l'existence d'un fait se présume obligatoirement de la preuve d'un certain nombre d'autres faits. La plupart des lois provinciales sur la circulation routière créent une présomption obligatoire de conduite négligente à partir de la preuve qu'un automobiliste a heurté un piéton et lui a causé des blessures. C'est là une véritable présomption entendue au sens du paragraphe (1).

En général, une présomption est réfutable. Même si elle impose de déduire un fait de la preuve de certains autres faits, une partie contre laquelle une présomption a effet peut présenter une preuve visant à nier l'existence du fait présumé. Les paragraphes (2) et (3) indiquent le degré de persuasion qu'une preuve doit atteindre pour repousser une présomption.

Le droit actuel laisse planer des doutes relativement à l'effet qu'a une présomption en droit civil sur la répartition du fardeau de preuve. Certaines présomptions semblent déplacer le fardeau de présentation de la preuve, d'autres le fardeau de persuasion. Ce sont les mêmes considérations d'équité, de célérité et de politique sociale qui justifient la création des présomptions et l'imposition du fardeau de persuasion. Le commentaire en marge de l'article 12 expose ces diverses justifications. Pour assurer la réalisation de ces objectifs, et par souci de clarté et de simplicité, toute présomption devrait transférer le fardeau de persuasion. Aussi l'article 14(2) prévoit-il qu'une partie à un litige civil contre qui existe une présomption ne parvient à la repousser qu'à la condition de convaincre l'arbitre des faits que l'inexistence du fait présumé est plus probable que son existence.

Le fait de faire jouer une présomption contre l'accusé constitue parfois une technique procédurale appropriée pour restreindre la preuve qui incombe à la poursuite dans une instance pénale. Toutefois, à la lumière des raisons mentionnées aux commentaires relatifs à l'article 12, il suffit pour repousser la présomption qu'il existe une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable sur l'existence du fait présumé.

Il peut arriver que deux présomptions entrent en conflit. Le paragraphe (4) offre une façon de résoudre ce conflit en accordant préférence à celle qui se fonde sur des considérations supérieures de logique et de politique juridique.

TITRE IV – RÈGLES PARTICULIÈRES À L'ADMISSIBILITÉ DES PREUVES

CHAPITRE I – RÈGLES D'EXCLUSION DE LA PREUVE

Preuves exclues en raison des méthodes d'obtention

Article 15: Ce n'est vraisemblablement pas par le biais des règles de preuve qu'on parviendra à exercer un contrôle efficace sur le comportement des policiers. Et pourtant, il faut doter les tribunaux des moyens voulus pour garantir l'intégrité du processus judiciaire. Aussi convient-il d'exclure une preuve dont l'obtention s'est faite dans des conditions telles que sa réception ternirait l'image de l'administration de la justice et empêcherait le processus judiciaire d'atteindre les buts qui lui sont fixés et singulièrement celui de promouvoir les objectifs du système pénal.

Le monde judiciaire pourrait diverger d'opinion quant aux circonstances dans lesquelles l'admission d'une preuve obtenue de façon irrégulière pourrait ternir l'image de l'administration de la justice. Aussi l'article met-il à la disposition des juges des critères susceptibles de les aider à exercer leur pouvoir discrétionnaire. Il faut bien se garder de voir derrière l'énoncé de ces critères le désir d'incorporer dans le droit canadien une règle d'exclusion absolue. Son but est plutôt de permettre au juge dans des cas exceptionnels d'exclure un élément de preuve recueilli irrégulièrement et de redonner ainsi tous ses titres de noblesse à ce que plusieurs croient être la règle d'exclusion discrétionnaire émanant du *common law* anglais.

Article 16: S'autorisant des dispositions de l'article 15, un juge rejettera une déclaration faite par le prévenu à la police dans des circonstances telles que son admission en preuve ternirait l'image de l'administration de la justice. Il se peut toutefois que, sans justifier son exclusion sous l'empire de l'article 15, ces circonstances soient susceptibles de la rendre peu digne de foi. Dans ce cas, le juge l'écartera par le biais du présent article.

A maints égards, l'article 16 est fidèle au droit actuel, d'abord en ce qu'il s'applique à tout genre de déclaration extrajudiciaire faite par le prévenu. Même une déclaration disculpatoire peut

s'avérer suspecte, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été faite. En second lieu, à l'instar du droit actuel, l'article ne vise que les déclarations faites aux personnes en situation d'autorité. La définition de l'expression «personne en situation d'autorité» a occasionné certains ennuis aux tribunaux. En fait, c'est la contrainte psychologique inhérente aux rapports entre le prévenu et une personne détenant sur lui une certaine forme d'autorité qui ébranle le crédit de la plupart des déclarations. Comme le jury n'est pas toujours très familier avec ce genre de phénomène, il lui est difficile de le mesurer. En outre, on lui imposerait un fardeau trop considérable si on exigeait de la Couronne qu'elle s'acquitte de l'obligation définie à cet article à l'égard de toute déclaration extrajudiciaire. En troisième lieu, l'article 16 impose à la Couronne le fardeau de prouver, au-delà du doute raisonnable, que le prévenu n'a pas fait sa déclaration dans des circonstances qui la rendent peu digne de foi. La raison en est que dans la plupart des cas, la décision du tribunal d'admettre la confession en preuve mène à la condamnation du prévenu. Or, à n'en pas douter, il convient de faire la preuve au-delà du doute raisonnable de l'admissibilité de la déclaration. De plus, étant donné que lors d'un voir dire, la seule façon de décider de la fiabilité d'une déclaration consiste souvent à trancher la question de la crédibilité des policiers et de l'accusé, l'imposition d'un niveau de preuve exigeant obligera les autorités policières à veiller à recueillir la déclaration d'un suspect dans des conditions qui ne laissent planer aucun doute sur sa véracité. En quatrième lieu, le présent article n'emploie pas le mot «involontaire», en raison des équivoques auxquelles a donné lieu ce vocable dont se sert fréquemment le droit actuel comme motif d'exclusion d'une déclaration. Bien qu'il puisse encore s'avérer utile pour englober toutes les déclarations jugées inadmissibles, le critère énoncé au présent article dirige l'attention du tribunal vers la raison d'être de l'exclusion de la déclaration. En cinquième lieu, le présent article énonce clairement le droit du prévenu de renoncer à la tenue d'un voir dire, s'il ne désire pas contester la recevabilité de sa déclaration. Inutile de préciser à quel point cette possibilité peut accélérer la marche du procès.

Enfin, le paragraphe (2) affirme sans ambages que l'exclusion concerne uniquement une déclaration faite dans des circonstances susceptibles de mettre en doute sa véracité. Il ne vise nullement à

écarter une preuve matérielle découverte par suite de cette déclaration, ni le fait même de la découverte de cette preuve, celle-ci présentant de fortes probabilités d'authenticité.

Le paragraphe (2) ne fait que codifier le droit actuel. C'est à l'article 7 qu'on trouvera des dispositions générales de procédure relatives au voir dire; celles-ci traitent par exemple de l'exclusion du jury et de l'interrogatoire du prévenu.

Exclusion de certaines preuves circonstancielles

Preuve de traits de caractère

Article 17: La preuve dite d'un trait de caractère constitue l'un des aspects les plus complexes du droit de la preuve. Le présent Code tente de simplifier les choses en distinguant l'inadmissibilité de la preuve d'un trait de caractère d'une part, de la façon de l'établir lorsqu'elle est admissible d'autre part, et en distinguant également les cas où elle est admissible dans le but d'ébranler ou d'appuyer la crédibilité d'un témoin des cas où elle est recevable pour faire la preuve de la conduite des parties. Les articles 62 à 66 traitent de l'admissibilité de la preuve d'un trait de caractère lorsqu'elle sert à ébranler ou à appuyer la crédibilité des témoins. Le présent article se rapporte à la preuve d'un trait de caractère dans les cas où elle vise à prouver la conduite d'une partie lors d'une occasion particulière. Enfin, l'article 20 précise la façon de faire la preuve d'un trait de caractère d'une personne. Dans certains cas, par exemple dans une action en diffamation, un trait de caractère peut constituer un fait en litige. Vu que dans ces circonstances, sa pertinence ne fait aucun doute et qu'il ne saurait être question de l'exclure, le code ne contient aucune règle particulière relative à son admissibilité. Elle est donc recevable en vertu de l'article 4, soit la règle générale sur l'admission de tout élément de preuve pertinent.

Même s'il ne faut pas lui accorder une importance démesurée, la pertinence du trait de caractère d'une personne ne fait aucun doute lorsqu'il s'agit de prouver sa conduite lors d'une occasion particulière. Supposons que deux personnes, l'une agressive et l'autre pacifique, en viennent aux coups. En se basant sur leurs

traits de caractère respectifs, on peut croire que l'individu agressif est plus susceptible que l'autre d'avoir engagé le combat. Voilà pourquoi en l'absence d'une règle spéciale d'exclusion, la preuve de caractère serait admissible en vertu de l'article 4.

Pour des raisons particulières de politique législative, l'article 17 déclare irrecevable dans certaines situations la preuve d'un trait de caractère. Le paragraphe (1) interdit à la poursuite de soumettre une preuve portant sur un trait de caractère du prévenu à moins que celui-ci n'ait déjà présenté un élément de preuve concernant son propre caractère ou celui de la victime. La démonstration par la Couronne d'un trait de caractère du prévenu possède sans doute une pertinence indéniable, mais elle lui cause également un tort considérable. Le préjudice découle de la tendance qu'on remarque chez les gens de ne pas trop se soucier des conséquences fâcheuses que peut avoir à subir une personne de mauvaise réputation. Ainsi il pourrait suffire que l'arbitre des faits soit mis au courant de traits de caractère défavorables au prévenu pour qu'il le trouve coupable sans être convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable. Toutefois, si le prévenu prend les devants en soumettant une preuve de bonne réputation dans le but de démontrer qu'il n'est pas le genre d'individu à commettre l'infraction dont il est accusé, il importe de permettre à la Couronne de réfuter cette preuve, faute de quoi l'arbitre des faits aura du prévenu une impression non conforme à la réalité. De même, si lors d'une accusation de voies de fait, le prévenu met en preuve la prédisposition de la victime à l'agressivité dans le but de démontrer que c'est elle qui l'a attaqué, il convient d'autoriser la poursuite à réfuter cette déduction en mettant également en preuve le caractère agressif du prévenu.

Rarement la preuve d'un trait de caractère de la victime d'une infraction sexuelle a-t-elle quelque pertinence. Toutefois, dans les cas où le prévenu prétend que celle-ci a consenti au comportement sexuel dont on lui fait reproche et où le non-consentement constitue un élément essentiel de l'infraction, la preuve du consentement donné par la victime à ce comportement dans des circonstances analogues pourrait s'avérer pertinente. Soucieux de mettre la victime à l'abri d'embarras inutiles, le paragraphe (2) prévoit que la détermination de la pertinence de cette preuve doit avoir lieu à huis clos.

Dans la plupart des autres cas, la preuve de caractère d'une personne, lorsque considérée comme preuve circonstancielle, ne possède pas de force probante très considérable. Même lorsqu'elle a quelque valeur probante, on doit en général l'exclure en raison du tort qu'elle peut causer et de la perte de temps ainsi que de la confusion auxquelles elle peut donner lieu. Néanmoins, il est certaines instances civiles, par exemple celles qui se fondent sur une allégation de turpitude morale, où la valeur de la preuve d'un trait de caractère peut l'emporter sur les risques énumérés ci-haut. Il n'est toutefois pas nécessaire de consacrer une disposition particulière à ces situations. Elles peuvent fort bien tomber sous le coup de la règle générale de l'article 5 qui prévoit la possibilité d'exclure cette preuve.

Commentaire du commissaire La Forest

Au paragraphe (2), je serais allé plus loin et j'aurais exclu, dans les infractions sexuelles, la preuve des traits de caractère de la victime, visant à établir sa prédisposition. Il est vrai que pareille preuve peut être valable et que la liberté de l'accusé est en jeu mais sa culpabilité doit, après tout, être établie, au-delà du doute raisonnable. En revanche, on ne peut ignorer qu'en ce domaine l'application de la loi est devenue très difficile. Le crime de viol est le moins souvent déclaré de tous les crimes, à cause de la crainte qu'inspire à la victime le traumatisme d'un procès. La perspective de poursuite devient alors un moyen de dissuasion très peu efficace pour une infraction dont la fréquence augmente de façon alarmante. Je trouve persuasif l'argument suivant de notre section de recherche sur le droit de la preuve: «En effet, dans certains cas, c'est la réputation de la femme et non son consentement qui devient le centre du litige. En plus de mettre en doute la valeur probante d'une telle preuve, la section de recherche s'est préoccupée très sérieusement des effets que peuvent avoir les abus dont ce genre de preuve fait actuellement l'object. Les victimes de viols sont souvent réticentes à porter des accusations du fait qu'elles peuvent être placées dans une situation indûment gênante et se voir causer un tort et, de même, les femmes de mauvaises mœurs ne reçoivent que peu de protection contre le viol. C'est pour cette raison que la section de recherche recommande maintenant que dans toutes les causes qui impliquent des infractions sexuelles, il ne soit pas permis à la défense de faire la preuve de la moralité de la victime que ce soit en contre-interrogatoire ou en preuve principale.» Cet article peut même aggraver cette situation en exigeant que la victime se soumette à un autre interrogatoire, lors de la preuve de voir dire, en plus de celui de la police et de ceux prévus à l'enquête préliminaire et au procès proprement dit.

Article 18: Sous l'empire du droit actuel et de l'article 17(1), la preuve d'une conduite passée de l'accusé est inadmissible lorsqu'on veut prouver un trait de caractère dans le but de soulever l'hypothèse qu'il a adopté à une occasion particulière un comportement compatible avec ce trait de caractère. Cependant, si la preuve de sa conduite passée est pertinente à une autre fin, par exemple, pour établir la motivation ou l'identité, elle est admissible bien qu'elle ait pour effet de révéler un trait de caractère. L'hypothèse qui sous-tend cette disposition est la suivante: si cette preuve est pertinente pour une autre fin, elle possède une valeur beaucoup plus grande que si elle était pertinente uniquement pour établir un trait de caractère. Aussi, sa valeur probante l'emporte-t-elle généralement sur le risque qu'elle occasionne un préjudice. Cet article ne change rien au droit actuel.

Article 19: Le droit tout comme l'usage courant voient dans le trait de caractère la réponse d'un individu à certains secteurs du comportement. Parmi les traits de caractère les plus typiques, on note l'honnêteté, la franchise et l'agressivité. En revanche, le comportement habituel ou routinier d'une personne se rapporte à ses réactions habituelles à des situations particulières, comme le fait qu'elle ferme toujours la porte. En règle générale, une personne est fidèle à ses habitudes, de sorte que celles-ci permettent généralement de prévoir son comportement à propos d'une occasion particulière. Cet article se contente d'affirmer en toute netteté que la preuve d'un comportement habituel ou routinier est admissible, en dépit des dispositions de l'article 17.

Article 20: Cet article permet d'établir, lorsqu'il est admissible, un trait de caractère propre à une personne par tout moyen de preuve pertinent. Sauf dans les cas où il constitue un fait en litige, le droit actuel ne permet de démontrer un trait de caractère que par la preuve de la réputation d'une personne, parfois par l'opinion d'experts et par la preuve de ses condamnations antérieures. Il exclut la preuve d'exemples particuliers de comportements antérieurs n'ayant pas donné lieu à une condamnation parce qu'elle est trop longue et trop préjudiciable. Néanmoins, cette preuve pourrait être fort significative relativement au caractère d'un individu. Voilà pourquoi l'article 20 sanctionne le recours à des exemples spécifi-

ques de conduite antérieure pour prouver un trait de caractère. L'article 5 permet évidemment au juge de première instance de contrôler l'admissibilité de ce genre de preuve.

Mesures préventives

Article 21: Cet article codifie la position adoptée par le *common law*, à l'effet que la preuve de réparations faite postérieurement à un événement n'est pas admissible aux fins de prouver la négligence. Ce genre de preuve n'a qu'une valeur très relative pour démontrer la négligence puisqu'une personne peut effectuer des réparations à la suite d'un accident par simple mesure additionnelle de prudence. De plus, et ceci est encore plus important, il est éminemment souhaitable de ne pas décourager les gens de prendre des mesures de précaution par suite d'un accident en utilisant cette preuve contre eux. Or, cette considération l'emporte d'emblée sur la valeur probante que pourrait avoir ce fait.

Article 22: Sous l'empire du droit actuel, la preuve de la détention par une partie d'une assurance-responsabilité ne peut être admise pour prouver sa faute. Rien ne permet de croire que le détenteur d'une assurance-responsabilité le protégeant contre sa propre négligence, fait montre de moins de prudence qu'il ne le ferait autrement. Voilà pourquoi la preuve de la détention d'une assurance n'est habituellement pas pertinente. Il y a à cette exclusion une autre justification; en effet, si l'arbitre des faits apprend qu'une personne possède une assurance et, de ce fait, est mieux placée pour essuyer la perte qui fait l'objet de la poursuite, il risque de rendre une décision mal fondée.

Il faut dire en revanche que le caractère quasi universel de la détention d'une police d'assurance atténue grandement le préjudice occasionné par l'admission en preuve de ce fait. Dans la plupart des cas, il est presque certain que les jurés présument l'existence d'une assurance-responsabilité. Or, celle-ci peut avoir une force probante considérable, par exemple, dans un cas où on prétend que le défendeur a volontairement détruit sa propriété dans le but d'encaisser le produit de sa police. C'est la raison pour laquelle l'article confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'admettre la preuve de

la détention d'une assurance-responsabilité, lorsque la valeur de cette preuve l'emporte de façon substantielle sur le danger de causer un préjudice indu.

Article 23: On ne devrait pas décourager les gens d'aider ceux qui ont été impliqués dans un accident de crainte que cela puisse être considéré comme un aveu de responsabilité. Aussi cet article déclare-t-il que l'offre ou le paiement d'assistance médicale ne peut être admis à titre de preuve de responsabilité.

Transactions et compromis

Article 24: Le *common law* excluait régulièrement les offres de règlements à titre de preuve circonstancielle de responsabilité. Ce genre de preuve n'a pas grand-valeur; il se peut en effet qu'une personne fasse ou accepte une offre dans le seul but d'éviter un litige coûteux ou interminable. On exclut l'offre même lorsqu'elle possède une certaine force probante dans le but d'encourager le règlement hors cour d'un litige. Souvent, pour s'assurer que les offres de règlements ou les déclarations faites à l'occasion de négociations ne soient pas interprétées comme des aveux de responsabilité, les avocats précisent que ces discussions sont menées «sans préjudice». L'article 24 rendrait cette précaution inutile dans la mesure où il exclut la preuve des offres et de l'acceptation d'un règlement, de même que les conduites et les déclarations se rattachant aux négociations. Si les parties ont engagé des pourparlers de règlement, les tribunaux ne devraient pas avoir à distinguer les aveux des affirmations hypothétiques émanant des parties.

Article 25: Il serait éminemment injuste envers l'accusé d'admettre la preuve d'un plaidoyer de culpabilité retiré par la suite. De fait, le droit de retirer un tel plaidoyer serait illusoire si ce fait pouvait servir de preuve contre l'accusé lors d'un procès subséquent.

Pour les mêmes raisons qu'on exclut la preuve d'une offre de règlement, on écarte celle d'une offre de plaider coupable. Il se peut que dans le but d'éviter un procès, l'accusé offre de plaider coupable à une infraction moins grave que celle dont il est accusé,

bien qu'en réalité, il ne soit pas coupable. De plus, en permettant que des pourparlers de règlements se déroulent avant le procès, l'exclusion de la preuve d'une offre de plaider coupable encourage le règlement d'une affaire pénale qui n'exige pas le recours au procès proprement dit.

Article 26: La Commission a recommandé le recours plus fréquent au règlement préalable au procès d'une plainte pénale. Souvent ce genre de règlement s'avère socialement plus rentable, lorsque l'infraction reprochée n'est pas trop grave, que la mise-en-branle de la phase judiciaire du processus pénal. Soucieux de promouvoir cette politique juridique, l'article 26 interdit de recevoir en preuve contre l'accusé une déclaration faite à l'occasion de ces négociations.

Le ouï-dire

Article 27: On considère généralement le ouï-dire comme une déclaration de fait émanant d'une personne qui n'a pas été témoin elle-même d'un fait. C'est une autre personne qui le lui a relaté. L'acception juridique ne diffère pas de l'acception courante, et c'est le sens de la définition portée à l'article 27(2)*a*).

Le droit refuse d'admettre en preuve les déclarations par ouï-dire à cause de la difficulté d'en contrôler la véracité. Si au lieu d'entendre la déposition de celui qui a observé un fait particulier, on se contente de présenter en preuve une déclaration qu'il a faite à ce sujet à un tiers, il n'est pas possible de mettre à l'épreuve la perception de l'auteur de la déclaration, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que sa déclaration s'avère inexacte soit parce qu'il a eu du fait une mauvaise perception, soit parce qu'il ne s'en souvient pas correctement, soit parce qu'il a induit son interlocuteur en erreur en employant des mots qui ne sont pas d'usage courant, soit parce qu'il a carrément menti. Si on veut contrôler ces divers facteurs sur lesquels repose la véracité d'une déclaration, il faut que son auteur soit présent à l'audience et qu'il soit soumis au feu du contre-interrogatoire. Bien sûr le risque que la déclaration ne soit pas digne de foi n'a d'importance que dans la mesure où une partie l'offre en preuve dans le but d'établir la véracité de son

contenu. Voilà pourquoi, à l'instar du droit actuel, la définition de l'ouï-dire portée à cet article se rapporte aux déclarations présentées en preuve à cette fin.

L'article 27(2)*b*) précise que la définition du mot «déclaration» comprend tout comportement ayant valeur d'affirmation. On conviendra qu'il faudrait traiter de la même façon la preuve d'une assertion verbale faite par une personne et celle d'un comportement voulu par elle comme le substitut d'une telle assertion. Néanmoins, comme le précise la définition, le comportement d'un individu ou les paroles prononcées par lui ne constituent pas du ouï-dire s'il n'avait pas l'intention de leur conférer valeur d'affirmation. Il n'en demeure pas moins qu'en évaluant la fiabilité de ce genre de preuve, on peut avoir à tenir compte des risques inhérents à la preuve de ouï-dire. Cependant, à l'encontre d'une assertion faite consciemment, une activité n'ayant pas valeur d'affirmation cherche rarement à induire en erreur; or c'est ce qui constitue le principal danger associé au ouï-dire. En excluant le comportement qui ne tient pas lieu d'affirmation, la définition contenue au présent Code adopte l'optique la meilleure.

Bien que les articles suivants élargissent considérablement les exceptions prévues par le droit actuel à la règle du ouï-dire, la règle générale demeure la même: la preuve par ouï-dire n'est pas admissible.

La règle relative à l'ouï-dire est à la fois la plus caractéristique de notre système de preuve et à la fois la plus difficile et la plus complexe. Souvent elle empêche le témoin de déposer, de façon naturelle, ce qui a pour effet de l'embarrasser et de le contrarier. Si l'auteur d'une déclaration n'est pas en mesure de venir témoigner, c'est la meilleure preuve qui risque d'être exclue. S'il peut venir témoigner et bien qu'il ait fait antérieurement une déclaration qui pourrait être admissible, la règle du ouï-dire empêche l'arbitre des faits d'en faire l'usage le plus logique dans les circonstances, soit pour établir la véracité des faits qui y sont énoncés. En définitive, cette règle complique énormément le droit de la preuve.

Comme on l'a déjà mentionné, la règle relative au ouï-dire vise d'abord et avant tout à assurer à l'arbitre des faits la possibilité d'évaluer la fiabilité d'une déclaration par l'observation de l'allure du témoin et l'audition du contre-interrogatoire. On justifie les nombreuses exceptions (d'aucuns en ont dénombré 31) apportées à

cette règle en droit actuel par le fait que les conditions sur lesquelles elles se fondent confèrent à la déclaration une sorte de garantie indirecte de fiabilité. Bien qu'il soit infiniment préférable d'entendre à l'audience la déposition de celui qui a été témoin d'un événement, les multiples inconvénients inhérents au droit actuel nous ont incités à le reformuler. Les articles 28 et 39 constituent la pierre angulaire de cette réforme, bien que d'autres articles de ce chapitre y apportent encore des améliorations.

Article 28: Aux termes du présent article, une déclaration faite antérieurement par un témoin n'est pas exclue par la règle du ouï-dire. En droit actuel, si une déclaration antérieure du témoin, qu'elle soit compatible ou incompatible avec son témoignage, est admissible (*cf.* commentaires de l'article 62), elle ne l'est qu'à l'égard de la crédibilité du témoin. Elle n'est pas recevable pour attester la véracité de son contenu. Nul doute que cette distinction est difficile à appliquer pour un juré. Mais il y a plus important encore. Si au cours de sa déposition à l'audience, un témoin peut être contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure on voit mal pourquoi on n'accorderait pas à cette déclaration un statut identique à celle qu'il fait à l'audience. Dans bien des cas, les circonstances entourant la première déclaration la rendent plus digne de foi qu'une affirmation faite à la barre des témoins. Au moment où il a fait sa déclaration, l'individu avait peut-être les événements plus frais à la mémoire, ou bien il n'avait pas encore subi l'influence des parties ou d'événements subséquents. De toute façon, s'il y a incompatibilité entre la déclaration antérieure et sa déposition à l'audience, le témoin aura l'occasion de le nier ou de s'en expliquer. Par contre, s'il y a concordance entre les deux versions, le contre-interrogatoire permettra d'explorer les circonstances entourant la première déclaration et de révéler ainsi le poids qu'il conviendrait de lui accorder.

Article 29: Cet article apporte une autre modification fondamentale à la règle du ouï-dire. En *common law*, une déclaration faite par un individu qui ne peut déposer à l'audience, n'est admissible que si elle s'intègre dans l'une des exceptions consacrées à la règle de l'ouï-dire. Il en est ainsi de la déclaration d'un mourant, du témoignage rendu antérieurement ou de l'affirmation qui va à

l'encontre de l'intérêt de son auteur. Et pourtant, si une personne ne peut rendre témoignage, sa déclaration constitue souvent la meilleure preuve d'un fait en litige; il est important d'y recourir, peu importe que son auteur l'ait faite dans l'une des circonstances fort limitées prévues par les exceptions de *common law*. Bien que celles-ci visent surtout à s'assurer du caractère fiable de la déclaration, elles se fondent sur des notions très primitives de psychologie. L'une d'elles veut que les mourants ne soient portés à dire que la vérité; une autre prétend qu'on peut seulement ajouter foi aux affirmations qui vont à l'encontre des intérêts pécuniaires ou des intérêts matériels de leur auteur. Il paraît stérile de tenter de rationaliser les exceptions de *common law*. Si une personne est dans l'impossibilité de venir témoigner, ce fait devrait suffire à lui seul pour justifier l'admission en preuve de ses déclarations antérieures. Il est plus logique de déterminer la force probante d'une déclaration après coup, que de tenter d'énumérer *a priori* les circonstances dont la conjonction permette d'ajouter foi à une affirmation et de l'admettre en preuve.

Les alinéas *a*) à *d*) du paragraphe (2) donnent à l'expression «non disponible à rendre témoignage» un sens suffisamment vaste pour inclure toute situation où on ne peut de façon réaliste faire comparaître un individu pour qu'il dépose en personne.

Parmi les exceptions de *common law* qui tombent en désuétude par le biais des dispositions de ce paragraphe, on compte la déclaration du mourant, l'affirmation contraire à l'intérêt de son auteur, la déclaration gouvernementale qui affecte les relations internationales (par exemple le statut des États étrangers, des diplomates et du territoire national), les registres familiaux et les énoncés contenus dans des documents relatifs à la propriété.

Le paragraphe (2) *e*) permet de recevoir en preuve une déclaration faite en dehors du cadre judiciaire, si l'importance de la question ou le supplément de crédibilité susceptible d'être ajouté par le témoignage en cour de son auteur ne justifient pas la dépense ou les inconvénients des démarches visant à s'assurer de sa présence ou lorsque cela est permis, de sa déposition. Cette disposition pourrait permettre de réaliser des économies considérables en évitant à des témoins, dont la déposition n'est pas vraiment contestée, d'avoir à se présenter au prétoire. C'est le cas de l'expert qui a effectué des examens de routine. Nous nous proposons d'ex-

plorer plus à fond le problème du témoignage de l'expert dans notre projet sur la communication de la preuve.

Le paragraphe (3) offre une garantie contre la possibilité de faire un usage abusif de l'esprit qu'anime cet article. Il interdit d'admettre une déclaration en preuve lorsque la partie qui entend s'en prévaloir a provoqué la non-disponibilité du témoin. Le paragraphe (4) prévoit la nécessité de donner un avis préalable de l'intention de soumettre une déclaration émanant d'un témoin qui n'est pas en mesure de venir déposer. Ceci permettra à la partie adverse de préparer son argumentation ou sa preuve relative à la valeur probante de la déclaration.

Article 30: La plupart d'entre nous trouverions tout à fait équitable que, dans la mesure où cela peut lui venir en aide, une partie au litige se voie accorder le droit de présenter en preuve une déclaration que la partie adverse a faite elle-même, qu'elle a autorisée ou qu'elle a faite sienne et ce, même si techniquement la déclaration constitue un ouï-dire. En fait, il serait assez étrange de permettre à quelqu'un de s'objecter à la recevabilité de sa déclaration sous prétexte qu'il ne l'a pas faite en cour ou qu'il n'a pas l'occasion de se contre-interroger. S'il entend la nier ou l'expliquer, libre à lui de le faire à l'audience. Par conséquent, l'alinéa *a*) n'impose à peu près aucune restriction à l'utilisation de la déclaration extrajudiciaire d'une partie lorsqu'utilisée en preuve contre lui. Il incombera au juge de trancher la question préalable de savoir si, conformément aux dispositions de l'alinéa *a*), une partie a fait sienne la déclaration soit par ses paroles soit par sa conduite. Pour rendre cette décision, le juge tiendra compte de toutes les circonstances entourant la déclaration en litige. En matières pénales, une déclaration extrajudiciaire faite par l'accusé à une personne en situation d'autorité, ne sera admissible que si elle est également conforme aux exigences de l'article 16.

L'alinéa *b*) permet d'utiliser, contre une partie, certaines déclarations faites par son mandataire. Il est probable qu'on puisse ajouter foi aux déclarations du mandataire qui portent sur une question se situant dans le cadre de son mandat et pendant sa durée. Elles sont à tout le moins aussi dignes de foi que si le mandataire faisait ces affirmations alors qu'il déposait à l'audience contre son mandant. Les mêmes considérations s'appliquent aux déclarations

d'un ayant cause ou d'une autre personne ayant avec la partie un intérêt en commun (alinéa *c*)), ou à celles d'une personne engagée avec elle dans une entreprise commune, lorsqu'elles sont faites dans le cadre de la poursuite de leur but commun (alinéa *d*)).

Cet article a, sous tous ses rapports, l'appui d'un certain nombre de décisions.

Article 31a): Le *common law* et le droit statutaire ont créé diverses exceptions à la règle relative au ouï-dire en ce qui concerne les registres tenus dans les commerces, les banques, les hôpitaux, dans le monde des affaires, etc. Le droit actuel étant inondé de détails, le présent article veut corriger cette situation en énonçant les conditions d'admissibilité en preuve de ces registres qu'on tient dans le cours normal des affaires.

En fin de compte, ce sont de simples considérations de nécessité qui sont à l'origine de la création de la plupart des exceptions visant tous ces documents qu'on regroupe généralement sous le vocable de registres d'affaires. Dans le monde des affaires, plusieurs transactions atteignent un tel degré de complexité qu'il s'avérerait beaucoup trop coûteux, sinon impossible, de vouloir les reconstituer en convoquant à la barre des témoins tous ceux qui en ont eu une connaissance de première main. Dans bien des cas on pourra se fier entièrement aux registres, et en particulier aux véritables registres d'affaires. Ceux-ci sont faits sur le même modèle de façon habituelle et systématique. S'il se glisse des erreurs, il est probable qu'elles soient décelées par ceux qui ont à utiliser le registre. De son côté, le responsable des consignations au registre a tout intérêt à faire son travail avec soin, car c'est son emploi qui est en jeu. Néanmoins, même le droit actuel considère le registre d'affaires admissible à titre de preuve de ouï-dire, fût-ce en l'absence des garanties énumérées ci-haut. La nécessité de trouver un moyen pratique de faire la preuve de certaines transactions ou de certains événements, l'emporte d'emblée sur les objections qu'on peut avoir quant à leur fiabilité.

L'exception dont le présent article propose l'adoption, conserve l'essentiel des garanties de crédibilité que possède le droit actuel, tout en synthétisant et en simplifiant la masse de dérogations à la règle du ouï-dire qui se rapportent présentement à l'objet de cet article. De plus, celui-ci élimine un grand nombre des exi-

gences du droit actuel qui ne rendent pas une consignation beaucoup plus digne de foi. Ainsi l'article 31 n'emploie pas l'expression «les affaires»; le responsable de la consignation n'est pas tenu «d'avoir l'obligation de faire quelque chose»; enfin une déclaration qui est consignée dans un registre est recevable, qu'elle se rapporte à un acte, un événement, une situation, une opinion ou un diagnostic, pourvu qu'elle soit admissible à tous autres égards. La réunion de certaines conditions est toutefois nécessaire pour s'assurer de l'exactitude de la consignation; celle-ci doit être contemporaine au fait qui a été consigné; l'auteur de la consignation, ou celui qui lui a fourni l'information devrait posséder une connaissance personnelle du fait consigné; enfin la consignation doit avoir été effectuée dans le cours ordinaire des affaires.

Article 31b): Une dérogation apportée par le *common law* à la règle du ouï-dire concernait l'admissibilité de registres et documents tenus par l'autorité publique en vertu d'une obligation imposée par la loi. Cet élément de preuve se voyait accorder beaucoup de crédit car les fonctionnaires ont l'obligation de faire des affirmations exactes, et toute erreur qu'ils peuvent commettre est corrigée lors de l'inspection publique des documents qu'ils confectionnent. Cette exception se justifiait également par des considérations de nécessité. Un grand nombre de procès mettent en jeu d'une façon ou de l'autre le travail des représentants de l'autorité publique; or s'il fallait à chaque fois les citer à comparaître, les services gouvernementaux s'en trouveraient profondément perturbés. Qui plus est, il ne servirait pas à grand-chose de les convoquer à la barre des témoins, puisqu'ils n'auraient tout probablement aucun souvenir des faits consignés.

A l'heure actuelle, les règles d'admissibilité relatives à plusieurs catégories de documents publics sont prévues législativement. Or le présent article contient une norme assez simple régissant la recevabilité en preuve de tous les types de documents publics. Il assouplit considérablement le *common law*, en particulier en ce qu'il n'exige plus que le document soit soumis à une inspection publique. Bien sûr, une telle exigence lui conférerait une garantie additionnelle de crédibilité. Par contre il suffirait de lui donner une interprétation restrictive pour écarter un grand nombre de registres émanant de l'autorité publique et tenus conformément

à l'obligation que lui impose la loi. Plusieurs registres publics seraient admissibles, sous l'empire de l'alinéa *a*), à titre de consignations faites dans le cours normal des affaires. Cependant, les autorités gouvernementales effectuent également des consignations et des rapports spéciaux; or l'alinéa *b*) fait en sorte qu'ils soient admissibles sans contestation.

L'alinéa *b*) admet en preuve les rapports d'enquête faits sous l'autorité de la loi. Dans bien des cas, les représentants de l'autorité publique ont l'obligation de mener des enquêtes et de préparer des rapports. On peut citer à titre d'exemples les rapports d'incendie, de police et d'autopsie, et les expertises chimiques. Le droit actuel permet d'admettre ces documents, bien qu'en pratique on ne les présente pas souvent en preuve. Cependant, ils ont souvent une valeur probante considérable et cet article consacre leur admissibilité. Ce sont des gens rompus au travail d'enquête qui confectionnent ces rapports, et ils le font souvent immédiatement après l'événement qui en fait l'objet. Il arrive souvent que l'enquêteur soit cité à comparaître. Néanmoins, lorsqu'on ne juge pas nécessaire de le faire, le rapport devrait lui-même être admissible en preuve.

Comme pour tout autre élément de preuve, le juge a le pouvoir en vertu de l'article 5 d'écarter un rapport si dans les circonstances, il le considère sujet à caution. Parmi ces circonstances dont le juge tient compte, on peut mentionner la façon dont l'enquête a été menée, l'habileté, l'expérience et l'impartialité de l'enquêteur, ainsi que le caractère opportun de l'enquête.

Article 31 c): L'alinéa *c*) traite de la recevabilité des consignations relatives à l'état civil. Celles-ci représentent sans contredit la façon la plus sûre et la plus pratique de faire la preuve des décès, naissances et mariages. Cependant, elles ne constituent pas des registres publics au sens de l'alinéa *b*); en effet, ceux qui, à l'instar des ministres du culte et des médecins, les font parvenir aux services publics intéressés, ne sont pas des représentants de l'autorité publique.

Article 31 d): Il arrive parfois qu'un registre tenu dans le cours ordinaire des affaires soit muet sur un événement au sujet duquel il devrait normalement y avoir une consignation. L'absence de

toute consignation est sûrement admissible pour établir la non-survenance de l'événement. Bien que, dans la majorité des cas, cette preuve ne constitue pas une «déclaration» au sens de la définition portée à l'article 27(2)*b*), l'alinéa *d*) n'en permet pas moins la réception.

Article 31 e): L'alinéa *b*) permet de faire la preuve d'un mariage au moyen d'un document public. Néamoins, l'intéressé peut tenter de faire cette preuve par l'entremise du document remis aux parties, lors de la cérémonie, par celui qui a présidé à l'union des époux. Si le juge est d'avis que les conditions énumérées par cet article sont réunies, le certificat pourrait établir la preuve de son contenu. Cette règle s'applique aussi à d'autres cérémonies et à d'autres sacrements. Elle codifie le *common law*.

Article 31 f): A l'heure actuelle, est présumé authentique un document qui a trente ans d'existence, dont la condition n'est pas suspecte et qui se trouve à un endroit où on se serait attendu à trouver un document authentique. La jurisprudence actuelle est partagée sur la question de savoir si un tel document est également admissible pour faire la preuve de la vérité de son contenu. Selon nous, il est préférable à la fois de le présumer authentique et d'y voir une exception à la règle relative au ouï-dire. En temps normal, l'auteur du document étant dans l'impossibilité de rendre témoignage, c'est l'article 29 qui en régira la recevabilité. Cependant, même si son auteur est en mesure de venir déposer, ce document est éminemment digne de foi, et il y a tout lieu de l'admettre en preuve. Comme il doit avoir vingt ans d'existence, il est certain qu'il n'a pas pu être influencé par le préjugé découlant du litige en cours.

Article 31 g): Les rapports boursiers et autres compilations commerciales constituent nettement du ouï-dire, lorsqu'on les présente à l'audience pour faire preuve de leur contenu; ils ne sont donc pas admissibles en droit actuel. Ils semblent toutefois suffisamment dignes de foi, et la difficulté d'obtenir l'information d'une autre façon est si considérable qu'il conviendrait de les recevoir en preuve à titre d'exceptions à la règle du ouï-dire. Il est souvent impossible de rejoindre les auteurs de ces rapports: ceux-ci sont

préparés avec soin du fait qu'ils sont mis à la disposition d'experts; enfin, il est peu probable que le contre-interrogatoire aurait pour effet d'évaluer encore mieux leur fiabilité.

Article 31 h): Sous l'empire du droit actuel, un plaidoyer de culpabilité ou un aveu enregistré au cours d'un témoignage est admissible en preuve dans un litige subséquent du fait qu'il s'intègre dans une exception bien connue à la règle du ouï-dire, soit l'aveu. Cependant, un verdict de culpabilité rendu au terme d'un procès est admissible pour établir la véracité des faits que le litige a tranchés. Ainsi, dans une instance en divorce où le motif allégué par la requérante est l'adultère, une condamnation pour viol subie par l'intimé n'est pas recevable pour prouver qu'il a effectivement commis l'adultère. On justifie souvent l'exclusion de cette preuve dont le caractère probant ne semble pas faire de doute, en disant que l'arbitre des faits qui juge une affaire pénale n'a pas été témoin de l'infraction reprochée au prévenu, et que la condamnation constitue donc du ouï-dire. Et pourtant, une condamnation peut s'avérer d'une grande valeur probante. En général le prévenu a toutes les raisons au monde de contester les faits, et il ne peut être trouvé coupable que si le jury est convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable. Voilà pourquoi il serait logique de permettre à tout le moins dans une instance civile subséquente, la réception de cet élément de preuve, dans le but d'établir un fait essentiel aux conclusions de ce jugement. L'arbitre des faits aura tout loisir d'évaluer cette preuve et de l'écarter, s'il l'estime sujette à caution à la lumière de l'ensemble des témoignages. Ceci s'applique tout autant à un procès intenté au même accusé, qu'à un procès contre n'importe quel accusé si c'est l'accusé qui produit cette preuve. Il est toutefois de la plus haute importance que chaque accusé ait l'occasion de vérifier à fond la preuve de la poursuite, sans avoir à faire une preuve indépendante de son innocence. Ceci s'avérerait très difficile si la condamnation d'une autre personne pouvait servir de preuve contre lui. Aussi, au terme de cet alinéa, la condamnation antérieure d'un autre accusé n'est pas admissible contre le prévenu.

Article 31 i) à l): Depuis qu'on consigne la plupart des événements d'intérêt public et même d'intérêt privé, il est rare qu'on ait à établir un fait au moyen d'une preuve de commune renommée.

Comme ce type de preuve constitue l'une des plus anciennes exceptions à la règle du ouï-dire et qu'elle pourrait encore s'avérer utile, nous avons conservé les règles de *common law* tout en éliminant les bizarreries. Le *common law* voyait deux grandes justifications à ces exceptions au ouï-dire. D'une part, il n'existait souvent aucune autre façon de faire la preuve d'une question en litige. D'autre part, on avait toutes raisons de prêter foi à la commune renommée, dans la mesure où elle représentait l'ensemble des opinions et des jugements partagés par une collectivité sur un point particulier. En outre, si jamais ces jugements ou opinions s'étaient avérés erronés, il se serait trouvé quelqu'un pour les contredire ou les réfuter.

L'alinéa *i*) libéralise l'exception à la règle du ouï-dire issue du *common law* et concernant la commune renommée relative au caractère d'une personne, en permettant l'admission d'une preuve portant non seulement sur la réputation d'une personne dans son milieu, mais aussi parmi ses proches. En raison de la mobilité qui caractérise la société contemporaine, rares sont ceux qui acquièrent une réputation dans le milieu où ils vivent. C'est plutôt dans un milieu comme celui du travail que peut se former la commune renommée relative à leur caractère. L'alinéa *j*) permet de faire la preuve des antécédents familiaux ou autres d'une personne par les membres de sa famille, ses proches et son entourage. Est admissible par le jeu de l'alinéa *k*), la commune renommée constituée au sein de la communauté, relativement au bornage des terres et à d'autres questions relatives à la propriété immobilière, qu'elle soit privée ou publique. L'alinéa *l*) permet de prouver des événements historiques par le biais de la commune renommée au sein de la communauté.

Le droit au secret

Dispositions générales

Article 32: En droit de la preuve, on peut dire que la dispense de rendre témoignage consiste dans le droit d'une personne d'empêcher un juge de la contraindre ou de contraindre un tiers à divulguer une communication confidentielle. L'institution du droit au secret répond à la nécessité de mettre de l'avant diverses politiques législatives particulières dont l'importance, dans certains

cas, paraît l'emporter sur l'intérêt de révéler la vérité au cours d'une instance judiciaire. Le présent article constitue la pierre angulaire du chapitre sur le droit au secret. Il incorpore le principe général qui sous-tend l'ensemble du code, à l'effet que toute preuve pertinente est admissible. Ainsi donc, il n'existe pas de dispense de rendre témoignage à moins d'une disposition législative à cet effet.

Article 33: Cet article précise que le détenteur d'un droit au secret conféré par le présent code peut refuser lui-même et empêcher toute autre personne de divulguer une chose.

Article 34: Le droit au secret est propre à son détenteur; celui-ci peut donc l'affirmer ou y renoncer. Ce droit ayant essentiellement pour but de protéger le caractère confidentiel de certaines informations, il n'a plus sa raison d'être si son titulaire divulgue ces renseignements de façon volontaire. Dans un tel cas, l'article 34 présume qu'il a renoncé implicitement au secret.

Article 35: La divulgation d'un fait protégé par le droit au secret bat en brèche l'objectif visé par ce droit. Le présent article offre toutefois un recours à celui qui a été contraint à tort de divulguer une information qui fait l'objet d'un droit au secret; en effet, ce renseignement serait inadmissible lors d'une nouveau procès. En l'absence d'une disposition analogue à celle du présent article, le refus du juge de reconnaître le droit au secret invoqué par le témoin obligerait ce dernier à demeurer coi et à risquer une accusation d'outrage au tribunal, s'il insistait pour exercer son droit.

L'article 35 lui évite ce dilemme dans la mesure où, en se pliant à la décision du juge, le témoin n'est pas présumé avoir renoncé à son droit au secret. De plus, l'article lui permet d'opposer ce droit à la divulgation effectuée devant le tribunal d'un fait découvert au moyen d'une indiscrétion ou d'une autre façon même si cette preuve est présentée avant qu'il ait le temps de s'objecter à son admissibilité.

Article 36: Les valeurs sociales protégées par le droit au secret sont trop importantes pour qu'on en décourage l'exercice ou qu'on sape les fondements de la politique législative sur lesquels il repose, en permettant au juge ou à l'avocat, ou encore au jury, de faire un commentaire ou de tirer une conclusion défavorable.

Article 37: En gros, on peut dire que le droit au secret protège des droits qui appartiennent en propre à son détenteur.

Voilà pourquoi ce dernier doit être le seul à pouvoir invoquer en appel l'erreur d'une décision refusant de la lui reconnaître. Une partie au litige ne devrait pas être admise à en appeler de la violation du droit au secret appartenant à un tiers.

Dispositions particulières

Article 38: Le *common law* permettait à un témoin de refuser de répondre à une question en raison du risque que sa réponse l'expose à une poursuite pénale. On justifiait entre autres cette dispense de témoigner par une double nécessité: celle d'encourager un témoin à venir déposer au prétoire sans craindre d'être forcé de s'incriminer, et celle de maintenir un certain équilibre entre les pouvoirs d'enquête de l'État et les droits de l'individu. Plus tard, cette protection absolue contre l'auto-incrimination fut abolie législativement. La législature considéra sans doute qu'il fallait réaliser un équilibre entre les intérêts protégés par le droit au secret et l'importance de veiller à ce que toute déposition pertinente émanant d'un tiers puisse être versée au dossier de l'instance. Elle a donc adopté une disposition interdisant d'utiliser un témoignage contre son auteur dans une instance subséquente, lorsque celui-ci s'est objecté à répondre à une question en alléguant que celle-ci était de nature à l'incriminer. Le présent article conserve ce droit limité au secret, en y apportant toutefois une modification importante qui s'inspire d'un problème inhérent à la situation présente. En droit actuel, une personne qui ignore l'existence de ce droit au secret et ne s'objecte pas à répondre à une question susceptible de l'incriminer, risque de voir son témoignage utilisé contre elle. Il en résulte une discrimination assez odieuse entre ceux qui connaissent leurs droits et ceux qui les ignorent. Voilà pourquoi l'article 38 accorde le droit au secret de façon automatique.

Article 39: Un grand nombre de textes législatifs exigent des individus ou des organisations qu'ils communiquent certains renseignements au gouvernement. C'est pour favoriser une divulgation sans réserve de cette information et pour éviter à l'auteur du rapport de

voir se retourner contre lui dans une instance subséquente une preuve obtenue sous contrainte de la loi, que plusieurs de ces dispositions interdisent la divulgation de ces renseignements sans le consentement de l'intéressé. S'il s'agit d'une loi fédérale, le droit au secret aura plein effet puisque l'article 32 qui abolit les dispenses de rendre témoignage crée expressément une exception pour les droits au secret conférés par d'autres lois fédérales. Il arrive assez souvent que des lois provinciales mettent également à l'abri de toute divulgation des informations obtenues en vertu d'une obligation égale. Comme ces textes législatifs ne s'appliquent pas aux affaires régies par le présent code, ou pourrait utiliser dans une instance fédérale des renseignements qui ne peuvent servir lors d'une instance provinciale.

L'article 39 incorpore en droit fédéral ces droits au secret de la législation provinciale, faisant en sorte que les politiques sous-jacentes aux lois provinciales ne soient pas battues en brèche par l'utilisation de renseignements dans des instances fédérales.

Article 40: En droit actuel, les communications confidentielles intervenues entre les époux font l'objet d'un droit au secret. Cette règle vise principalement à favoriser la franchise et la spontanéité entre conjoints, et à raffermir ainsi le lien conjugal. Or, le droit au secret existait quel que soit l'état de l'union conjugale; de plus, chose curieuse, il appartenait à celui qui recevait la communication, et non à celui qui la faisait. Le présent article tente de réaliser un meilleur équilibre entre le caractère souhaitable de la confidentialité et la nécessité de verser une preuve au dossier. Pour ce faire, il confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'admettre le droit au secret ou de le refuser, à la lumière des circonstances de l'espèce. Il rationalise la règle de droit en faisant de l'auteur de la communication le détenteur du droit. Enfin, il étend le droit au secret à d'autres liens familiaux ou analogues à ceux-ci.

Commentaire du commissaire La Forest

J'aurais restreint ce droit aux communications entre époux. Je suis généralement opposé à élargir la portée des droits au secret, en raison de leur tendance à ne pas révéler toute la vérité. Ce n'est que dans le cas où les parties sont unies par le lien du mariage que je considérerais qu'il y a un motif nécessitant un droit du genre prévu par cet article, à savoir que le mariage est la pierre angulaire de la société telle que nous la connaissons.

J'ajouterais que je ne suis pas d'accord avec l'interprétation qu'on peut déduire des commentaires (voir aussi les commentaires à l'article 57) à l'effet que la situation matrimoniale au moment de l'instance devrait être l'élément principal à considérer dans l'octroi de ce droit. Cela peut s'avérer un élément pertinent mais si l'on veut encourager la franchise entre les époux, il faut le faire en appuyant une politique juridique qui favorise les communications entre eux au moment où elles sont faites. Cette politique ne peut être complètement subordonnée à la situation matrimoniale au moment de l'instance.

Il existe également un problème d'ordre administratif. Plus nombreuses sont les personnes qui bénéficient du droit, plus souvent celui-ci sera invoqué et par conséquent, étant donné l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui s'y rattache, plus de temps sera consacré par les tribunaux aux fins de décider de son application. Le fait que les personnes pouvant bénéficier de ce droit ne sont pas identifiées de façon précise ajoute un autre élément à cette difficulté et on pourra soulever sur ce point toutes sortes de questions. Et la décision de ce point ne relève pas simplement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais de l'interprétation de l'article. En conséquence, les tribunaux d'appel ne désapprouveront pas les appels d'une décision de ce genre. Il faudra alors recourir à la jurisprudence en vue d'interpréter la règle. C'est là le genre de choses que le Code cherche généralement à éviter. Cela peut s'avérer nécessaire lorsqu'il est impossible de donner une définition précise. Tel est le cas, par exemple, du secret professionnel en général, domaine où l'expérience (que nous n'avons pas à date) devra en régir l'évolution. Mais dans le cas qui nous occupe, on peut énoncer clairement la portée du droit.

Article 41: Le *common law* n'assortissait pas du droit au secret les communications confidentielles entre des clients et des professionnels comme les travailleurs sociaux, médecins, psychiatres, comptables ou membres du clergé. Les représentants de chacune de ces professions soutiennent qu'il conviendrait de permettre à leurs clients d'invoquer le droit au secret relativement aux communications confidentielles intervenues au cours de la relation professionnelle. Il s'avère extrêmement difficile de départager les professions qui devraient se voir accorder le droit au secret. Il est inévitable que l'octroi d'un droit absolu à un groupe ait toutes les apparences d'une décision arbitraire. L'intérêt que présente l'admission d'une preuve pertinente est tel que les exceptions apportées à la règle générale reconnaissant le droit au secret auraient tôt fait de réduire à néant la règle d'exclusion. Si on veut être réaliste, on doit convenir qu'il est à peu près impossible de définir les circonstances dans lesquelles le respect du caractère confidentiel des communications faites dans

le cadre des rapports professionnels, a plus d'importance que l'intérêt présenté par leur divulgation. C'est pourquoi l'article 41 invite le juge à peser les intérêts en présence, chaque fois qu'on invoque ce droit au secret.

Article 42: En *common law*, une personne a le droit de refuser de divulguer une communication confidentielle intervenue entre elle et son avocat dans le cadre d'une relation professionnelle. La nécessité de ce genre de droit au secret ne fait pas de doute lorsque l'objet de la communication se rapporte à un litige éventuel. Dans un système accusatoire où l'avocat représente une partie, il est essentiel que celle-ci soit en mesure de mettre l'avocat au courant de tout ce qui touche à la cause, de façon à ce que celui-ci puisse défendre adéquatement son client. Toutefois, il fut une époque où le *common law* étendait le droit au secret à toute communication confidentielle intervenue au cours d'une relation professionnelle, qu'elle ait été faite en prévision d'un litige ou pas. Le paragraphe (1) incorpore la règle originale et limite le droit au secret aux communications faites en prévision d'un litige. Le client n'a pas de motif plus sérieux d'invoquer un droit au secret relativement à d'autres communications intervenues avec un avocat, qu'à celles intervenues avec d'autres professionnels.

Pour permettre de défendre adéquatement son client, le *common law* recouvrait également du droit au secret l'information obtenue ou le travail fait par l'avocat ou par ceux qui l'assistent. Le paragraphe (2) conserve ce droit au secret en ce qui concerne l'information recueillie ou le travail préparé par l'avocat en prévision d'un litige. Il rationalise le droit au secret en le rendant aussi applicable à l'information obtenue ou au travail préparé par le plaideur lui-même en prévision d'un litige. Après tout le droit au secret lui appartient et il arrive souvent aux parties de plaider elles-mêmes leur cause. Il est même des cas comme ceux des petites créances, où elles doivent le faire puisqu'elles n'ont pas le droit de retenir les services d'un avocat.

Les problèmes juridiques concernent la succession d'un individu et ceux qui font une réclamation par son entremise. Le paragraphe (3) règle le cas où ce sont les représentants du réclamant qui présentent une demande en son nom.

Le paragraphe (4) énonce un certain nombre d'exceptions au droit au secret qui trouvent toutes leur origine dans le *common law*. L'alinéa *a*) empêche l'utilisation abusive du droit au secret par celui qui voudrait s'en servir pour masquer la perpétration d'une infraction pénale ou d'un délit civil. Quant aux autres exceptions, leur justification provient du fait qu'elles sont essentielles à l'obtention de la preuve et qu'elles ne vont pas à l'encontre du fondement de la règle relative au secret.

La définition du mot «avocat» portée au paragraphe (5) comprend une personne que le client croit admise à la pratique du droit. De cette façon, la politique juridique sous-jacente au droit au secret ne sera pas battue en brèche du fait qu'un client a des doutes relativement à l'aptitude de son avocat à pratiquer le droit. La définition comprend également le notaire du Québec; celui-ci remplit certaines des fonctions attribuées à l'avocat dans d'autres provinces.

Le paragraphe (6) veille à ce qu'une personne puisse, par le biais du secret professionnel général, invoquer un droit au secret relativement à une communication professionnelle intervenue avec un avocat sans qu'un litige soit envisagé.

Commentaire du commissaire La Forest

J'ai quelques réserves sur le plan technique quant à la restriction de l'application de ce droit au secret ayant trait aux communications faites en prévision d'un litige. D'abord je me demande si, en définitive, cette restriction apporte quelque changement que ce soit, et, par conséquent, si les délais additionnels qui s'ensuivraient pour déterminer l'existence de ce secret en valent la peine. De plus, la situation de l'avocat qui a rendu des services professionnels à l'égard d'une affaire et est appelé plus tard à participer à un litige relatif à la même affaire me fait hésiter. Je suis évidemment d'accord qu'il faut limiter, comme on le fait maintenant, le droit au secret aux communications relatives aux services professionnels de l'avocat, non aux communications d'affaires, et cela peut entraîner, quoique moins souvent, des difficultés semblables. De fait, les motifs avancés par la commission pour cette innovation sont si persuasifs que j'espère que mes réserves s'avéreront, en pratique, non fondées. Je crois que la tentative en vaut la peine.

Article 43: Le gouvernement est parfois en possession de renseignements qui peuvent être pertinents à un litige. Toutefois, il peut arriver que cette information se rapporte au domaine des relations internationales, de la défense nationale ou de l'administration gou-

vernementale et que sa divulgation soit de nature à porter préjudice à l'intérêt public. Il faut donc peser d'une part les exigences du maintien du caractère confidentiel de l'information gouvernementale, et d'autre part, la nécessité d'assurer le fonctionnement juste et efficace du système judiciaire. En droit actuel, c'est au gouvernement lui-même qu'il appartient de décider dans chaque cas de quel côté faire pencher la balance. Si un ministre de la Couronne soutient que la divulgation d'une information serait contraire aux intérêts des relations internationales ou de la défense nationale, elle n'a pas à être révélée devant le tribunal. Il convient de modifier le droit sous ce rapport. En raison de son impartialité, un juge est mieux placé pour peser les intérêts en présence. Aussi, le paragraphe (2) lui confère-t-il le pouvoir de décider du sort à réserver au droit au secret de la Couronne invoqué par le gouvernement. Si l'affaire semble suffisamment délicate, le paragraphe (3) prévoit que l'affaire doit être tranchée par un juge de la Cour Suprême du Canada.

Les paragraphes (4) et (5) définissent la procédure à suivre pour décider de l'opportunité d'accorder le droit au secret, en s'assurant que les intérêts du gouvernement et des parties soient protégés le mieux possible. Le paragraphe (6) veille à ce que le présent article régisse le droit au secret de la couronne fédérale dans toutes les instances, qu'elles relèvent de la compétence fédérale ou de la compétence provinciale.

Article 44: Le travail des autorités policières se trouve grandement facilité si les citoyens peuvent, en toute liberté, leur dévoiler des renseignements sans crainte des représailles. Le droit au secret favorise l'utilisation rationnelle des indicateurs en leur permettant de demeurer dans l'anonymat. Il peut cependant arriver que le prévenu ait besoin dans l'élaboration de sa défense, de connaître l'identité de l'indicateur. On peut régler ce genre de situation en donnant au juge le pouvoir discrétionnaire de contraindre la poursuite à divulguer ce renseignement si, eu égard aux circonstances, l'intérêt de parvenir à une juste solution du litige l'emporte sur l'intérêt de maintenir le secret.

Article 45: Dans les affaires de violation de brevets d'invention ou de concurrence déloyale, un secret de commerce constitue par-

fois l'objet même du litige. Une action en dommages fondée sur la négligence dans la fabrication d'un produit peut aussi mettre en jeu un secret de commerce. Le *common law* reconnaît, dans ce genre de situations, un droit au secret de commerce, sans toutefois lui conférer un caractère absolu. Il arrive parfois que sa divulgation soit essentielle pour éviter que ne se produise une injustice ou que ne se commette une fraude. Le présent article prévoit donc un droit au secret assorti de certaines réserves.

Chapitre II – Authentification et identification

Article 46: Il est souvent nécessaire, pour établir la pertinence d'une preuve, de démontrer qu'elle est bien ce qu'on prétend qu'elle est. Ainsi, lorsqu'on veut produire en preuve un fusil qu'on prétend appartenir à l'accusé, ou une lettre dont on allègue qu'elle provient de la main du défendeur, ces articles ne sont pertinents que s'ils sont bel et bien ce qu'allègue celui qui les produit. L'authentification ou l'identification d'une preuve n'est donc en définitive qu'une application particulière de la règle générale énoncée à l'article 7(2) et relative à la pertinence «sous condition suspensive». En d'autres termes, lorsque la pertinence d'une preuve dépend de l'existence d'un fait préalable (ce qui peut comprendre son authentification ou son identification), il faut, pour que cette preuve devienne admissible, présenter une preuve suffisante pour permettre au juge de conclure à l'existence du fait préalable. Cependant, dans les cas où l'existence du fait préalable comporte un élément d'authentification ou d'identification de preuve le *common law* a élaboré une série de règles concernant les exigences de l'établissement de l'authenticité ou de l'identité de cette preuve. Ceci s'appliquait tout particulièrement aux écrits, lorsque le litige portait sur l'identification d'une signature, d'une écriture ou d'un original. La tendance de l'arbitre des faits à attribuer sans discernement à tout écrit un caractère authentique, constitue la justification la plus fréquemment avancée à l'appui de ces règles assez strictes. Comme cette hypothèse est fort discutable, le présent article n'assortit la preuve de l'authentification ou de l'identification d'aucune exigence particulière. Il faut que la démonstration du

fait que la preuve offerte est bien ce que prétend celui qui veut l'introduire, soit suffisante pour permettre d'en venir à cette conclusion.

Les problèmes d'authentification se rapportent surtout à la présentation en preuve d'écrits; quant aux problèmes d'identification, ils découlent en grande partie de la production en preuve d'autres genres d'objets physiques, soit la preuve écrite et matérielle. Il se peut toutefois que d'autres éléments de preuve soulèvent des problèmes d'identification. Ainsi, lorsqu'au cours de son témoignage, une partie parle d'une conversation téléphonique qu'elle a eue avec un tiers, il faut faire la preuve que celui avec qui elle prétend avoir eu cet entretien est bel et bien cette personne.

L'authentification ou l'identification d'une preuve peut se faire de plusieurs façons. On peut citer à titre d'exemples le témoignage d'experts et de non-experts, la comparaison avec des choses qui ont été authentifiées, l'identification de la voix, les caractéristiques distinctives, le dépôt ou la classification à l'endroit où la chose doit se trouver, ou la preuve de l'exactitude du système lorsque la preuve présentée provient d'un système mécanique ou d'un autre type de système. Il convient de souligner qu'en matières civiles, on évite de plus en plus les problèmes d'authentification par le biais de requêtes présentées conformément aux règles de pratique dans le but de faire admettre des documents. En matières pénales, on obtient le même résultat par suite d'ententes officieuses entre les parties.

Article 47: Le *common law* et le droit écrit considèrent admissibles un certain nombre d'écrits sans exiger une preuve indépendante visant à les authentifier. Ce sont habituellement des écrits dont la démonstration du caractère authentique au moyen d'une preuve indépendante serait source d'inconvénients; au surplus, il est peu probable qu'ils soient contrefaits, et si jamais ils l'étaient, il serait facile de le déceler. D'aucuns affirment que les tribunaux prennent connaissance d'office de l'authenticité de ces écrits, ou que celle-ci est présumée. Le présent article établit clairement que même s'il n'est pas nécessaire de produire une preuve indépendante pour établir leur authenticité, celle-ci peut toujours être contestée une fois que le tribunal les a déclarés admissibles.

Il est très peu probable qu'un document portant une signature et un sceau officiels puisse être contrefait; de toute façon, il ne serait

pas difficile de déceler la supercherie. Aussi, le *common law* et le droit législatif attachent-ils une présomption d'authenticité à plusieurs de ces documents. En vertu de cet article, un document portant une signature et un sceau officiels est admissible en preuve sur simple production. Est également admissible sur simple production, le document portant la signature d'un fonctionnaire ayant capacité officielle, lorsque cette signature est certifiée sous le sceau d'un autre fonctionnaire investi lui aussi d'une fonction officielle.

L'alinéa *c*) de l'article 47(1) codifie en gros la règle de *common law* reprise dans un grand nombre de lois. En raison des inconvénients qui découlent du fait de retirer un document à même les registres publics, cette disposition permet d'authentifier une copie de document public de la même manière que le document lui-même, soit au moyen d'un certificat émis sous l'autorité d'un sceau.

L'authenticité des écrits mentionnés aux alinéas *d*), *e*) et *f*) est si vraisemblable qu'il est raisonnable, pour assurer le déroulement rapide du procès, de les admettre en preuve sans exiger d'en établir le caractère authentique au moyen d'une preuve indépendante.

L'alinéa *g*) facilite l'authentification de documents à caractère privé. La reconnaissance sous le sceau d'une personne légalement autorisée à le faire, du fait que les signataires d'un document sont bien ceux qu'ils prétendent être, est suffisamment digne de foi pour établir l'authenticité d'un document.

L'alinéa *h*) du paragraphe (1) et les paragraphes (2) et (3) mettent à la disposition des parties une façon commode d'authentifier des documents étrangers. Il est plus facile de contrefaire les sceaux et signatures des personnages étrangers détenant des fonctions officielles que ceux de leurs homologues canadiens, et il est plus difficile de déceler la fraude. Aussi, plutôt que de considérer qu'ils portent en eux-mêmes le gage de leur authenticité, l'alinéa *h*) exige, pour les admettre en preuve, qu'ils soient accompagnés d'un certificat attestant l'authenticité du personnage officiel qui a validé le document, ou de celui qui est autorisé à certifier l'attestation originale. Ce certificat d'authenticité peut émaner des représentants consulaires et diplomatiques de l'un et l'autre pays.

Cette procédure facilite l'authentification des documents publics étrangers, tout en offrant une garantie suffisante d'authenticité. Il n'en demeure pas moins possible de contester

l'authenticité de ce type de document, même s'il a été authentifié conformément aux dispositions de cet article.

Si, par manque de temps ou pour toute autre raison, il s'avère impossible d'authentifier un document étranger en obtenant un certificat d'authenticité, le paragraphe (3) prévoit une procédure permettant de l'admettre en le tenant pour authentique.

Article 48: En *common law*, lorsqu'un témoin signait un document dans le but de signifier qu'il reconnaissait la signature de son présumé auteur, il fallait le citer à la barre pour authentifier le document. Il y a longtemps qu'un texte de loi a aboli cette règle, et le présent article s'inscrit dans la lignée de cette abolition.

TITRE – MODES DE PREUVES

CHAPITRE – GÉNÉRALITÉS

Article 49: Au cours d'une instance judiciaire, les faits se prouvent généralement par la déposition de témoins et par la présentation de la preuve écrite et matérielle, i.e. les questions soumises à l'examen de l'arbitre des faits (voir l'article 74(2)). Toutefois, une partie peut admettre des faits durant l'instance. De plus, le jury peut déduire de la preuve d'un fait l'existence d'un autre fait, ou comme le prévoit l'article 14, il peut être tenu de par la loi de le présumer. En fin, le tribunal peut prendre connaissance d'office de l'existence de certains faits de même que du droit (voir les articles 84 et 85). Le présent article énonce simplement les divers modes de preuve.

CHAPITRE II—TÉMOINS

Généralités

Article 50: Le droit actuel exige du témoin qu'il prête serment. Toutefois, s'il s'y objecte en raison de scrupules de conscience, il peut faire l'affirmation solennelle. Le présent article abolit le serment et impose l'affirmation solennelle à tous les témoins. Obliger

un individu à refuser publiquement de prêter serment constitue une intrusion dans son intimité religieuse. De plus, il arrive à certains jurés et à certains juges de se montrer sceptiques à l'égard d'un témoin qui refuse de prêter serment. Dans bien des cas, la prestation du serment ne constitue qu'un rituel dépourvu de toute signification.

Commentaire du commissaire La Forest

Je maintiendrais le serment. Je suis convaincu que bon nombre de gens sont plus enclins à dire la vérité, du moins toute la vérité, s'ils prêtent serment. Pour ceux qui prennent le serment au sérieux (et ceci comprend beaucoup de gens) les exigences morales sont plus susceptibles de faire ressortir la vérité que la menace très aléatoire d'une poursuite pour parjure. De plus on ne peut isoler complètement le citoyen de son côté moral. A maintes reprises, la Commission a déclaré que le droit pénal doit servir à la protection des valeurs fondamentales de la société. La base de ces valeurs se trouve, en fin de compte, dans les valeurs des individus qui composent la société. Pourquoi n'utiliserions-nous pas ces valeurs individuelles pour étayer les valeurs de la société, du moment que cette façon d'agir ne devient pas oppressive?

Le besoin de connaître la vérité l'emporte sûrement sur l'intrusion peu importante de l'intimité qui résulte de l'assermentation. Les témoins doivent quotidiennement faire des révélations beaucoup plus délicates. Et je ne puis croire, qu'à l'époque actuelle, le danger que le témoignage d'une personne qui, en raison de scrupules de conscience refuse de prêter serment puisse être reçu avec scepticisme, suffise généralement à l'emporter sur l'argument en faveur du maintien du serment.

Article 51: Le présent article précise que le juge peut, le cas échéant, donner à une personne les explications qui s'imposent pour s'assurer qu'elle comprend bien l'obligation de dire la vérité. Il aura surtout à le faire pour les enfants, mais il peut également devoir donner des explications à d'autres catégories de personnes comme les déficients mentaux. En droit actuel, le juge doit, avant de permettre l'assermentation d'un enfant, être convaincu que celui-ci comprend la nature du serment. S'il ne le comprend pas, son témoignage doit être corroboré. Le présent Code ne contient aucune règle particulière concernant l'aptitude d'un enfant à témoigner. La faiblesse inhérente à la déposition d'un témoin inexpérimenté devrait affecter le poids de la preuve et non pas son admissibilité. Toutefois, cet article permet au juge de donner des

explications à un enfant en plus de l'affirmation exigée par l'article 51, de façon à s'assurer qu'il comprend l'obligation de dire la vérité.

Article 52: L'une des règles de preuve les plus fondamentales veut qu'un témoin ait une connaissance personnelle du sujet sur lequel porte son témoignage. On fait une exception pour l'expert, comme l'explique l'article 71. La règle énoncée au présent article assure à toute déposition un minimum de force probante.

Article 53: Cet article codifie le droit actuel. Il soumet les interprètes et traducteurs aux règles qui régissent les témoins en général, sous réserve de légères modifications au niveau de l'affirmation solennelle.

Aptitude à témoigner et contraignabilité

Article 54: Le présent article élimine les derniers motifs d'inaptitude à rendre témoignage que nous a légués le *common law*, à l'exception de ceux que mentionne expressément l'article 55. A une certaine époque, ils étaient légion ceux qui, pour une raison ou une autre, étaient inhabiles à témoigner. Avec le temps, le nombre de motifs d'inhabilité est allé en s'amenuisant au point où les seuls motifs vraiment importants qui subsistaient encore et qu'abolit cet article, sont l'immaturité psychologique et le lien conjugal avec le prévenu. En raison de l'impossibilité de formuler et d'appliquer un standard d'immatriculité psychologique qui rende un témoin inapte à déposer, il paraît préférable de laisser l'arbitre des faits tenir compte de cette incapacité en évaluant le poids à donner au témoignage. L'article 54 abolit l'autre motif d'inaptitude à rendre témoignage, soit l'existence d'un lien conjugal, étant donné qu'on voit mal pourquoi on empêcherait une personne de rendre témoignage en faveur ou à l'encontre de son conjoint, dans la mesure où elle le désire et où la preuve a suffisamment de valeur.

Cet article pose également le principe de l'aptitude et de la contraignabilité de tout témoin à déposer. Les articles 56 et 57 créent, à l'égard de l'instance pénale, des exceptions à la règle générale en ce qui concerne l'accusé ou une personne qui a avec lui un lien familial ou analogue.

De plus, il existe un certain nombre d'immunités en faveur de la Couronne, du corps diplomatique et d'autres personnes jouissant d'un statut semblable.

Article 55: L'importance que revêtent l'impartialité et l'apparence d'impartialité du juge et du jury, impose quasi naturellement la règle prévue au paragraphe (1). Celle-ci rend le juge et les jurés inaptes à rendre témoignage au cours du procès qu'ils entendent. Le paragraphe (2), qui interdit à un juré de déposer dans une instance portant sur la validité d'un verdict, reprend la règle de *common law*. Celle-ci découle de la double nécessité d'assurer à la décision judiciaire un caractère de finalité, et de mettre les jurés à l'abri de toute forme de harcèlement.

Article 56: Le droit actuel permet d'interroger au sujet de son casier judiciaire le prévenu qui rend témoignage au cours de sa défense. En raison du tort que cette preuve risque de leur occasionner, nombre d'accusés préfèrent ne pas témoigner, ce qui se comprend sans peine. Il serait injuste, dans ce cas, de permettre au juge ou à la poursuite de commenter leur abstention de rendre témoignage. Or, l'article 64(2) du présent Code reconnaît au prévenu le droit de déposer au cours de sa défense, sans avoir à craindre que l'arbitre des faits ne soit mis au courant de ses condamnations antérieures. Aussi, advenant le cas où il s'abstient de témoigner, on pourrait en déduire que son abstention est attribuable au fait qu'il est coupable. L'article 56 permet au juge et à la Couronne de suggérer ce genre de conclusion.

Le présent article n'apporte pas au droit actuel des changements très considérables. Même à l'heure actuelle, l'arbitre des faits et la Cour d'Appel peuvent tirer du silence du prévenu lors du procès des conclusions qui lui sont défavorables. De plus, dans un procès présidé par un juge seul, le juge et les avocats peuvent discuter de cette conclusion en évaluant le poids de la preuve. Aussi, le véritable changement apporté par la nouvelle disposition concerne les procès par jury, où on pourrait faire allusion ouvertement à la possibilité de tirer cette conclusion.

Article 57: En droit actuel, le conjoint est en règle générale inapte à rendre témoignage contre son conjoint dans une instance

pénale, et il ne peut être contraint de le faire. On invoque à l'appui de cette règle la nécessité de protéger le lien conjugal. Or, il existe environ vingt-six exceptions législatives et de *common law*, ce qui indique à quel point la règle est rigide et arbitraire. C'est pourquoi l'article impose au juge l'obligation d'évaluer les intérêts en présence, et de décider si l'intérêt que présente la préservation de la relation maritale l'emporte sur la nécessité d'entendre la déposition. Cette disposition permet d'apporter à la règle les exceptions qui s'imposeront à l'usage, sans pour autant encombrer le droit à outrance. La règle actuellement en vigueur s'applique indistinctement à tout lien conjugal, même s'il est complètement rompu ou si les parties l'ont contracté dans le seul but de faire échec à une poursuite pénale. Parfois, on dirait même que les exceptions anéantissent la règle. Ainsi, si un individu est accusé de viol, son épouse peut être contrainte de témoigner contre lui, mais non s'il est accusé du meurtre de la même femme.

La règle actuelle ne s'applique pas à d'autres liens familiaux comme celui qui unit la mère au fils, la père à la fille et les frères entre eux, non plus qu'aux concubins. Or, bien souvent, l'importance de ces rapports ne le cède en rien à celle de la relation matrimoniale. C'est pourquoi le présent article confère au juge le pouvoir discrétionnaire de ne pas contraindre une personne à rendre témoignage dans ce genre de situations.

Commentaire du commissaire La Forest

Je restreindrais l'application de cet article aux époux pour les motifs que j'ai énoncés dans mon commentaire sur l'article 40.

Interrogatoire des témoins

Article 58: Le système accusatoire impose aux parties l'obligation de présenter la preuve devant un arbitre impartial. Les partisans de ce système soutiennent qu'en confiant aux parties la responsabilité de présenter la preuve, on est le mieux en mesure de faire en sorte que toute la preuve soit offerte et que l'arbitre des faits demeure impartial tout au long de l'instance.

Pourtant le juge n'a jamais eu un rôle purement passif. Le *common law* lui reconnaissait l'obligation de veiller à ce que le

procès se déroule de façon équitable, rapide et intelligible. Voilà pourquoi il peut exercer un contrôle sur certaines choses comme l'ordre de citation des témoins, le nombre de personnes qui peuvent déposer sur une question particulière, le nombre d'avocats admis à interroger les témoins et les modalités de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire de telle sorte que le témoin puisse rendre témoignage de façon satisfaisante, sans être induit en erreur et sans être soumis à des tracasseries ou à des manœuvres d'intimidation. En outre, le juge décide de quelle façon et jusqu'à quel point les témoins, les avocats et les jurés peuvent se ser de modèles, de cartes, de plans, de documents et d'autres objets. De même, il peut entendre, réentendre et interroger des témoins, ou élucider la preuve de toute autre manière. Il doit toutefois exercer ce contrôle de façon raisonnable et avec modération, conformément à l'obligation première qui incombe aux parties de présenter la preuve et au juge de faire montre d'impartialité. En gros, le présent article codifie le *common law*.

Article 59: Habituellement, un témoin est sympathique à la cause de la partie qui le cite à la barre. Aussi risque-t-il d'acquiescer à toute suggestion que lui fait celle-ci lors de l'interrogatoire. Voilà pourquoi celui qui assigne un témoin ne peut lui poser de questions suggestives. Le droit actuel lui permet néanmoins, dans le but de gagner du temps ou d'élucider raisonnablement un témoignage, de poser des questions suggestives sur des faits préliminaires ou non contestés, ou encore lorsque le témoin éprouve des difficultés d'expression, soit parce qu'il n'est pas familier avec la langue des débats, soit en raison de son état mental ou physique. Le paragraphe (1), qui codifie le *common law* à cet égard, autorise également le recours à des questions suggestives lorsque le témoin n'est pas sympathique aux intérêts de la partie qui le cite, en somme, lorsque la prohibition n'a plus sa raison d'être. L'article n'emploie pas le mot «hostile» pour décrire ce genre de témoin, contrairement à ce que fait le droit actuel. En effet, à l'heure présente, il arrive que ce concept se voie conférer une acception qui n'englobe pas vraiment la raison pour laquelle le droit permet de poser des questions suggestives.

Par contre, lors du contre-interrogatoire du témoin de la partie adverse, la question suggestive constitue une excellente façon de

vérifier s'il «dit la vérité, ou s'il a commis une erreur, ou s'il a voulu tromper le tribunal lors de l'interrogatoire principal». Voilà pourquoi le droit actuel a toujours sanctionné l'emploi de ce genre de question en contre-interrogatoire; le paragraphe (2) ne fait à cet égard que codifier la règle qui a cours présentement. Toutefois, si le témoin manifeste une prévention favorable à la partie qui le contre-interroge, les risques que veut contrer la prohibition générale relative à la question suggestive reprennent toute leur actualité. Aussi la règle générale s'applique-t-elle à cette situation.

Article 60: Nul n'ignore qu'on peut venir en aide à la mémoire d'un individu en lui présentant un document ou un objet, ou encore en l'interrogeant sur des choses ou des faits qu'il associe à un événement passé. A l'heure présente, seuls peuvent servir à rafraîchir la mémoire d'un témoin les écrits que, d'après la preuve, il a composés ou vérifiés à une époque contemporaine à celle des événements qui font l'objet de sa déposition. Il est probable que ce genre d'écrit reflète le souvenir du témoin, relativement à un incident passé, de façon plus fidèle. Le degré d'exactitude du document entre en ligne de compte pour déterminer jusqu'à quel point on peut l'utiliser lui-même en preuve; le chapitre consacré au ouï-dire traite précisément de cette question. Mais un écrit ou un objet peut servir à rafraîchir la mémoire d'un témoin, qu'il soit fidèle à l'événement ou pas. Aussi convient-il de permettre qu'on l'utilise à cette fin. Il y a toutefois un risque dans la mesure où le déposant croirait se rappeler de l'écrit et en répéterait le contenu comme un perroquet. C'est pourquoi le paragraphe (1) confère au juge le pouvoir discrétionnaire de refuser que le témoin se rafraîchisse ainsi la mémoire lorsqu'à ses yeux, cette technique est de nature à l'induire en erreur. De plus, la partie adverse a le droit d'examiner un aide-mémoire et de contre-interroger le témoin à son sujet.

Le paragraphe (2) permet d'exiger de la partie adverse la production de tout document dont s'est servi le témoin, tant avant qu'au moment du procès, pour se rafraîchir la mémoire. La simple justice et la nécessité de protéger l'intégrité du contre-interrogatoire semblent exiger la divulgation de cet aide-mémoire, peu importe que le témoin s'en soit servi en déposant ou qu'il l'ait consulté et mémorisé, tout juste avant de se présenter à la barre.

Article 61: Un témoin qui entend une déposition risque volontairement ou involontairement, d'y conformer son propre témoignage. Il en est de même de celui qui discute avec une autre personne du témoignage que celle-ci vient de rendre. Sans éliminer totalement ce risque, la séparation des témoins aidera le juge à vérifier si, du fait qu'ils utilisent un langage identique, des témoins relatent une version apprise par cœur. C'est pourquoi le droit actuel donne au juge le pouvoir d'exclure les témoins de la salle d'audience et de leur interdire de discuter leur témoignage. Ce pouvoir ne s'applique toutefois pas aux parties ni aux personnes dont la présence est indispensable à la présentation de leur cause. Le présent article codifie en gros le droit actuel.

Crédibilité des témoins

Article 62: Dans la grande majorité des cas, la preuve présentée au cours d'un procès repose sur les affirmations des témoins. On comprend donc sans peine l'importance que revêt la crédibilité des témoins. Plus souvent qu'autrement, les contradictions entre témoignages ne proviennent pas de l'absence de sincérité des témoins mais plutôt de la faillibilité de la perception et de la mémoire de l'homme. Le présent article qui se veut le reflet de la philosophie sous-jacente au Code, part du principe qu'est admissible en règle générale toute preuve pertinente à l'évaluation de la crédibilité du témoin. Il fait donc table rase des règles existantes qui excluent ce genre de preuve. Parmi les facteurs susceptibles d'influencer l'opinion du tribunal au sujet de la crédibilité du témoin, on compte ses possibilités et sa capacité d'observation, ses facultés de remémoration et de narration, ses préventions, ses intérêts, son animosité, le concordance ou la non-concordance de déclarations antérieures et sa réputation de franchise.

L'adoption de cet article aurait pour effet d'abolir quatre règles déjà existantes: celle qui se rapporte aux faits accessoires; celle qui interdit à une partie d'attaquer la crédibilité de son propre témoin; celle qui interdit à une partie d'étayer la crédibilité de son propre témoin, par la présentation en preuve de déclarations antérieures conformes à la version relatée au moment du procès;

celle qui restreint la production de déclarations incompatibles avec la déposition du témoin, à celles qui se rapportent à l'objet du litige.

La première de ces quatre règles empêche une partie de contredire son propre témoin sur un fait accessoire. La définition du fait accessoire a suscité de vives controverses. Il est certain que si la déposition d'un témoin porte sur l'objet du litige, elle ne se rapporte pas à un fait accessoire et il n'y a, par conséquent, aucune objection à la contredire. En plus d'y inclure toute question pertinente à l'objet du litige, la jurisprudence a inclu dans la notion de fait non accessoire toute question dont une partie pourrait faire la preuve à titre de fait indépendant. Aussi a-t-elle exclu de ce concept le préjugé, l'intérêt et la corruption, le casier judiciaire, les traits de caractère de franchise des éléments de preuve psychologiques, médicaux et autres de nature à affecter la crédibilité, l'impossibilité que le témoin ait eu de l'incident une connaissance personnelle, et tout autre sujet sur lequel a porté une déposition, lorsque sa réfutation s'avérerait d'une valeur probante considérable relativement à la crédibilité du témoin. L'existence de cette règle ne se justifie pas par le fait que la réfutation d'un fait accessoire n'a aucun lien de pertinence avec la crédibilité du témoin. Elle s'explique plutôt par le fait que son peu de valeur probante ne fait pas le poids par rapport au risque d'obscurcir et de prolonger indûment le débat. Voilà pourquoi nous en sommes venus à la conclusion qu'au lieu d'édicter une règle très rigide interdisant de contredire un témoignage, il valait mieux s'en remettre au pouvoir discrétionnaire général du juge consacré par l'article 5. Le critère actuel relatif aux faits accessoires est fuyant et alambiqué. Par suite des nombreuses exceptions qui lui ont été apportées, la règle générale a, à peu de choses près, perdu tout son sens. Et pourtant, il est des cas où elle s'avère encore par trop restrictive, et aboutit à l'exclusion d'éléments qui méritent d'être admis en preuve.

Le droit actuel interdit à une partie d'attaquer la crédibilité de son propre témoin à moins que ce dernier ne s'avère hostile. Dans ce cas, elle peut mettre en preuve une déclaration antérieure incompatible avec le témoignage qu'il rend au prétoire. Une telle règle a pu se justifier à une époque où les témoins ne déposaient en réalité que sur les traits de caractère. De nos jours, les parties n'ont pas vraiment le choix de leurs témoins, et elles citent souvent

à la barre des gens dont elles ne connaissent rien, sinon qu'ils ont été témoins de l'événement. Cette règle héritée du *common law* n'a plus sa raison d'être.

A l'heure actuelle, un témoin n'a pas le droit de mettre en preuve à l'appui de sa crédibilité, une déclaration antérieure compatible avec son témoignage, à moins que celle-ci ne satisfasse les critères constitutifs de certaines exceptions. Il en est ainsi de la plainte spontanée en matière d'infractions sexuelles, de la réfutation d'allégations à l'effet que la déposition est d'invention récente, ou encore d'une identification antérieure de l'accusé par le témoin. Il semble que l'exclusion de cette preuve se justifie par son caractère superfétatoire, et par le risque de voir les parties la fabriquer de toutes pièces. Ce sont des domaines qui devraient plutôt relever du pouvoir discrétionnaire général du juge d'écarter un élément de preuve en raison de la perte de temps qu'il risque de provoquer (article 5), ainsi que des possibilités offertes à l'avocat par le contre-interrogatoire. Le présent article met donc un terme à l'inflexibilité de la règle d'exclusion qui a présentement cours.

Enfin, le droit actuel considère recevable une déclaration antérieure incompatible avec la déposition du témoin, à condition entre autres choses que celle-ci se rapporte à l'objet du litige. Cette exigence risque d'amener les tribunaux à écarter des éléments de preuve importants concernant la crédibilité d'un témoin. La détermination du témoignage susceptible d'être réfuté soit par la déclaration antérieure du témoin lui-même, soit par la déposition de tierces personnes, devrait répondre aux mêmes critères. Ici aussi, l'article 62 fait table rase de la règle stricte prévoyant l'exclusion de ce genre de preuve.

Cet article a également une répercussion importante sur le genre de preuve qui peut être offert au sujet de la réputation de franchise d'un témoin. Si celui-ci a une raison de mentir, l'utilité d'une preuve démontrant sa tendance à la franchise ou au mensonge est évidente pour évaluer la véracité ou la fausseté de sa déposition. Sous l'empire du droit actuel, on ne peut établir ce trait de caractère que par le biais d'une preuve de réputation du témoignage d'un expert ou du contre-interrogatoire du témoin sur des actes répréhensibles particuliers qu'il a pu poser. Lorsque l'acte répréhensible en question a donné lieu à une condamnation dont le témoin

nie l'existence, on peut l'établir au moyen d'une preuve extrinsèque. Le présent article permet à une partie de recourir à tous les moyens pertinents pour faire la preuve des tendances à la franchise ou au mensonge du témoin. Ce faisant, il adopte une attitude plus libérale que le droit actuel. Il autorise des personnes ordinaires à donner leur opinion sur la crédibilité d'un témoin, et il sanctionne la preuve extrinsèque de l'inconduite antérieure du témoin, rapportée dans le but de prouver un trait de caractère, dans les cas où l'intéressé nie ces fredaines du passé. De cette façon, il est assuré qu'une preuve pertinente à la crédibilité d'un témoin ne sera pas inadmissible du seul fait qu'une règle juridique arbitraire interdit de façon systématique de rapporter une preuve extrinsèque du comportement antérieur d'un individu. De plus, des personnes compétentes pourront donner leur opinion sans détours sur la crédibilité d'un témoin au lieu de le faire sous le couvert d'une preuve de commune renommée dans la communauté.

Article 63: Comme on l'a signalé dans la dernière partie des commentaires relatifs à l'article 62, le présent Code élargit le droit régissant la recevabilité d'une preuve visant à établir un trait de caractère du témoin, en déclarant admissible tout élément de preuve pertinent à cet égard. Si la libéralisation de la règle de droit paraît souhaitable pour assurer la présentation de toute preuve pertinente à la démonstration des traits de caractère d'un témoin, des considérations contraires militent dans bien des cas en faveur de l'exclusion d'une preuve de réputation et ce, en dépit de son caractère pertinent. Souvent sa valeur probante laisse à désirer, sans compter qu'elle est source de confusion et de pertes de temps importantes, et surtout qu'elle cause au témoin des embarras considérables. Celui-ci doit sentir qu'il peut rendre témoignage en toute liberté sans crainte d'y laisser sa réputation parfois sans raison aucune.

En exigeant de la preuve qu'elle ait une valeur probante substantielle, le présent article tente de concilier le mieux possible ces deux intérêts divergents. Le juge peut également faire appel au pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'article 58(2) pour protéger le témoin contre des tracasseries ou des situations inutilement embarrassantes. De plus, pour être admissible, la preuve doit être pertinente à la démonstration de son penchant à la franchise. Le droit actuel considère admissible la preuve d'inconduite passée du té-

moin, et en particulier son casier judiciaire alors qu'elle n'a souvent aucun rapport avec son inclination à dire la vérité.

Article 64: Le paragraphe (1) repose sur la prémisse suivante: la valeur probante minimale d'une condamnation n'a aucune commune mesure avec l'intérêt qu'a le témoin à éviter la divulgation de crimes qui ont fait l'objet d'un pardon, ou pour lesquels il a depuis longtemps acquitté sa dette envers la société.

Nombreux sont ceux qui se scandalisent de l'iniquité flagrante de la règle de preuve qui permet présentement à la poursuite d'attaquer la crédibilité du prévenu, en sa qualité de témoin, par la production le cas échéant de son casier judiciaire. Le président du tribunal aura beau inviter les jurés à ne considérer cette preuve qu'au niveau de l'évaluation de la crédibilité, et à se garder d'y voir un facteur rendant probable la culpabilité du prévenu, le simple bon sens nous dit à quel point une telle directive est difficile, sinon impossible, à suivre. Cette crainte est d'ailleurs confirmée par un certain nombre d'études empiriques. La perspective d'être contre-interrogé sur des condamnations antérieures dissuade plus d'un prévenu de témoigner au soutien de sa défense; quant à ceux qui le font, ils en subissent un préjudice considérable. C'est ce qui explique l'interdiction faite à la Couronne par le paragraphe (2) de produire en preuve le casier judiciaire du prévenu dans le seul but d'ébranler sa crédibilité, à moins que celui-ci n'ait le premier tenté de l'étayer en présentant une preuve de bonne réputation. Toutefois, le présent article n'interdit pas de recevoir cette preuve lorsqu'elle est pertinente à d'autres fins.

Commentaire du vice-président Lamer

Ma seule réserve, en ce qui a trait au fond, se rapporte au paragraphe (1) de l'article 64 que j'omettrais pour les raisons suivantes:

La preuve de la condamnation criminelle d'un témoin ne serait admise en vertu des dispositions de l'article 63 que si sa valeur probante est substantielle. Donc le seul effet de l'article 64(1) serait d'exclure la preuve des tendances caractérielles substantiellement probantes lorsque celle-ci est présentée par le biais d'une condamnation criminelle dont il y a eu pardon ou lorsque cinq années se sont écoulées.

Si la valeur probante d'une condamnation est substantielle, je ne vois pas pourquoi celle-ci ne devrait pas être connue de l'arbitre des faits. De plus, je n'accepte pas la norme objective et purement arbitraire des cinq années. Si la valeur probante de la condamnation est substantielle et que cette preuve n'est pas exclue au chef de l'article 5, je ne vois pas comment

une mesure de clémence pourrait devenir une obstruction valable à sa mise en preuve. Les règles de huis-clos pourraient fort bien protéger le témoin sans pour cela priver l'arbitre des faits du bénéfice d'une preuve importante à la détermination de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé.

D'ailleurs, de toute facon, par l'opération de la règle contenue à l'article 63, il serait possible de prouver la conduite du témoin qui a fait l'objet de la condamnation, parce que de valeur probante substantielle, sans pouvoir faire la preuve de la condamnation qui s'ensuivit.

Enfin, le paragraphe (1) de l'article 64 est le seul endroit au Code où la norme de recevabilité d'une preuve est arbitraire. Le Code propose l'abrogation de toutes les normes objectives telles la corroboration et je ne vois vraiment pas pourquoi la situation prévue au paragraphe (1) de l'article 64 justifierait une exception.

Article 65: Le contre-interrogatoire peut remplir efficacement son rôle sans qu'il faille exiger la divulgation préalable au témoin de tout renseignement en possession de la partie qui le contre-interroge relativement à une déclaration qu'il a faite dans le passé. C'est dans cette mesure que le présent article codifie le droit actuel. Il confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'exiger la divulgation de la déclaration, si l'interrogatoire du témoin par l'avocat lui semble vexatoire. Par ailleurs, si une partie désire faire une preuve extrinsèque de l'existence d'une déclaration antérieure du témoin qui est incompatible avec sa déposition, elle doit d'abord la lui révéler conformément à l'article suivant.

Article 66: Avant d'établir par une preuve extrinsèque un fait se rapportant à la crédibilité du témoin, il n'est que juste de lui donner l'occasion de le démentir ou de l'expliquer. L'article reprend le droit actuel, sauf qu'il confère aussi au juge le pouvoir de recevoir ce genre de preuve, dans l'hypothèse où il s'avérerait impossible ou inopportun de citer à nouveau le témoin ou d'expliquer le fait en question. Ainsi, il se peut que, pour une raison quelconque, le témoin n'ait plus été disponible après la découverte de ce fait.

Témoignage d'expertise et d'opinion

Article 67: En règle générale, le témoin doit avoir une connaissance personnelle de ce qui fait l'objet de son témoignage (*cf.* article 52). Cependant, le droit actuel écarte habituellement le

témoignage d'opinion. Cette exclusion remonte à une époque où le vocable «opinion» se rapportait à des affirmations non fondées sur la connaissance personnelle. Plus tard, il vint à inclure des déductions ou des conclusions fondées. Le droit n'en excluait pas moins aussi farouchement cette catégorie de témoignage d'opinion. Dans son état actuel, la règle ne suscite pas de problèmes insurmontables, car elle n'est pas appliquée avec trop de rigidité et est truffée d'exceptions. On peut citer par exemple les questions de distances, de dimensions, d'identité, d'âge, de valeur ou de condition physique ou émotive. De fait, il n'y a pas de distinction claire et nette entre ce qui, dans un témoignage, se rapporte au fait et à l'opinion. Dans un cas comme dans l'autre, le témoin fait part de son jugement relativement à un événement. En outre, les justifications qu'on apporte au soutien de la règle ne résistent pas à l'analyse. L'une d'elles veut que le témoignage d'opinion constitue une usurpation des fonctions de l'arbitre des faits; or rien n'empêche ce dernier de partager ou de ne pas partager l'opinion du témoin, tout comme il peut le faire pour ses affirmations de faits. On conteste aussi la pertinence du témoignage d'opinion; en réalité, la conclusion motivée que tire d'un événement celui qui en a été témoin ne manque sûrement pas de pertinence. Ainsi le bon sens et la logique, sur lesquels se fonde après tout la pertinence, veulent qu'on ajoute normalement foi à la déclaration d'un témoin oculaire sur l'état dangereux de la route. Voilà pourquoi le présent article permet d'admettre en preuve les déductions et opinions du témoin, pourvu qu'elles contribuent à la compréhension de son témoignage ou à la solution d'une question en litige.

Article 68: Si on exigeait d'une partie qu'elle contre-interroge un témoin dont la déposition rendue au cours de l'interrogatoire principal a simplement consisté à dire: «à mon avis. . .», on la placerait dans une position passablement délicate. Cette situation ne risque guère de se produire, puisqu'une partie se fera habituellement un devoir d'inviter son témoin à indiquer la preuve sur laquelle repose son opinion. Cet article donne toutefois au juge le pouvoir discrétionnaire d'exiger du témoin qu'il précise sur quoi il se base avant de faire état de son opinion, s'il considère que cette façon de faire est nécessaire pour tirer des faits au clair.

Article 69: Se fondant sur la règle relative à l'exclusion du témoignage d'opinion, les tribunaux du 19e siècle ont élaboré une règle distincte prévoyant l'exclusion de l'opinion du témoin sur un point litigieux relevant de l'appréciation finale de l'arbitre des faits, étant donné que l'expression de ce point de vue constitue une usurpation du rôle de ce dernier. Néanmoins, à l'instar de toute autre opinion, le jury n'est pas tenu d'accepter ce témoignage. En outre, il n'est pas possible de donner à la règle une formulation générale, car toute preuve doit se rapporter à ce qui constitue en définitive le fond du litige. Quant à une formulation étroite qui engloberait des expressions comme «l'accusé est coupable», elle est inutile du fait que des expressions de ce genre ne parviennent pas à avoir un caractère utilitaire. Bien que les tribunaux aient reconnu la futilité de cette règle, il nous a semblé préférable de l'abroger expressément.

Article 70: Le présent article codifie le droit actuel qui permet de recourir aux services d'un expert. Il précise toutefois que loin de témoigner uniquement sur des sujets qui dépassent la compétence d'un profane, il peut déposer toutes les fois où cela peut s'avérer utile. Cette règle englobe un large éventail de disciplines, étant donné le besoin croissant de faire appel à un expert.

Article 71: En vertu du droit actuel, dont le présent article constitue un reflet assez fidèle, l'expert peut fonder son opinion sur ce qu'il a observé personnellement. C'est ainsi que le médecin peut rendre témoignage au sujet d'observations qu'il a faites lui-même en traitant un patient. Il peut également asseoir son point de vue sur des faits qui ont été portés à sa connaissance avant l'audition: par exemple, un médecin peut, avant de donner son opinion sur l'état d'un patient, s'appuyer sur des rapports d'infirmières, de techniciens ou d'autres spécialistes. Il peut enfin se baser sur des faits admis en preuve et dont il assume la véracité, comme dans le cas où un médecin assiste au procès, écoute l'ensemble des témoignages et exprime son opinion au sujet d'une personne, sur la foi des renseignements recueillis au cours du procès.

L'alinéa *b*) élargit quelque peu le droit actuel en lui apportant une réserve. Tout en autorisant les psychiatres et les évaluateurs immobiliers à baser leur opinion sur le ouï-dire, comme par exem-

ple sur des rapports préparés par des tiers, les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion d'étendre cette règle à l'ensemble des experts. Or le présent alinéa accorde à tout expert la possibilité de fonder son point de vue sur le ouï-dire. Il faut élargir ainsi la portée de la règle, si on veut que les tribunaux utilisent à leur maximum les connaissances de ce témoin. Pour éviter que soit admis un témoignage sujet à caution, l'alinéa exige des faits sur lesquels s'appuie l'expert et «qu'ils appartiennent à la catégorie de ceux qui servent en général de base aux opinions et conclusions d'experts sur le sujet.»

Article 72: A l'heure actuelle, du moins dans les affaires pénales, la partie qui désire présenter un témoin expert n'est pas tenue de dévoiler avant le procès le contenu de son témoignage. Or le système accusatoire ne suppose pas seulement qu'une partie puisse présenter sa cause de façon aussi favorable que possible; il présume également qu'elle soit en mesure de remettre totalement en question celle de son adversaire. Lorsque celui-ci a recours à des experts, il est particulièrement difficile de le faire efficacement, sans avis préalable et sans préparation. De plus, le préavis permet de gagner du temps en mettant le doigt sur les questions litigieuses, et en évitant des remises visant à permettre à une partie de réagir à un élément de preuve qui la prend par surprise. En droit civil, on remarque une évolution législative dans le sens de l'obligation imposée aux experts de s'échanger leurs rapports avant de déposer. En droit pénal, cela devient de plus en plus pratique courante dans un grand nombre d'endroits.

Article 73: Bien que le *common law* confère aux tribunaux le pouvoir de convoquer eux-mêmes des experts, il est rare qu'ils utilisent cette faculté. Cependant, la pratique actuelle, selon laquelle les parties présentent leur propres experts, est l'objet de vives critiques du fait que chaque recherche a uniquement un expert susceptible de rendre un témoignage favorable à sa cause. Comme le recours à l'expert désigné par le tribunal pourrait s'avérer un correctif fort appréciable, le présent article conserve ce pouvoir discrétionnaire. Cette disposition se passe de commentaires. Il faut toutefois souligner qu'advenant le cas où cette règle serait adoptée, il faudrait pré-

voir des modalités d'indemnisation dans les affaires pénales. Cette règle ne porte aucunement atteinte au droit d'une partie de citer les experts de son choix.

Chapitre III – La preuve documentaire et matérielle

Généralités

Article 74: En général, lorsqu'on présente au jury une preuve écrite ou matérielle, telle que des objets, des sites ou des manifestations visuelles (*cf.* paragraphe (2)), ce dernier peut tirer de l'examen de cette preuve toutes les conclusions qu'il juge raisonnables. Toutefois, pour certains types de preuve écrite ou matérielle, comme la visite d'un lieux ou, dans des circonstances particulières, la description d'une blessure ou la projection d'un film, on peut obliger l'arbitre des faits à n'utiliser cette preuve que pour mieux comprendre la preuve testimoniale. Cette distinction nous paraît inutile et, de toute façon, il est douteux que le jury puisse l'appliquer convenablement. C'est pourquoi cet article permet à l'arbitre des faits de tirer toutes les conclusions qu'il juge raisonnables de la preuve écrite et matérielle.

Preuve du contenu des écrits, enregistrements et photographies

Article 75: Si la règle dite de la meilleure preuve est familière au juriste, elle n'en est pas moins équivoque dans la mesure où elle ne s'applique qu'à des choses comme les écrits. C'est pourquoi l'intitulé de ce chapitre, tout en traitant de ce que le juriste appelle «la règle de la meilleure preuve», tente de cerner de façon plus précise l'étendue de la règle.

La règle de la meilleure preuve n'est pas une règle d'exclusion; elle ne fait qu'exprimer une préférence. Elle exige de celui qui veut prouver le contenu d'un écrit, d'un enregistrement, d'une photographie, qu'il en produise l'original à moins d'en être incapable pour une raison jugée satisfaisante. Elle visait à empêcher la fraude et à faire en sorte que la preuve du contenu d'un document ne soit pas

déformée par des lacunes de mémoire ou des défauts de reproduction. En matières civiles, le droit d'une partie de contraindre son adversaire à produire avant le procès les documents qui sont en sa possession, a contribué grandement à atténuer le besoin d'invoquer cette règle. Néanmoins, dans les affaires pénales, et parfois dans les affaires civiles, une règle en vertu de laquelle celui qui veut prouver le contenu d'un écrit ou élément de preuve analogue est tenu d'en produire l'original, a encore son utilité. Elle permet de mettre à la disposition des tribunaux la meilleure preuve qui soit.

Le présent article énonce la règle générale: celui qui entend prouver le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie doit en produire l'original (*cf.* la définition de l'article 81*b*)). A l'instar du droit actuel, cette règle ne s'applique que dans les cas où une partie tente de faire la preuve de leur contenu. Lorsqu'on veut par exemple établir la teneur d'un testament ou d'un acte authentique, on doit nécessairement prouver le contenu de l'écrit. Par contre il est d'autres situations où l'existence d'un écrit n'empêche pas une partie de témoigner sans faire allusion à son contenu; dans ce cas la règle n'a aucune application. Ainsi une personne peut déposer sur les paroles qu'elle a entendues de la bouche d'un tiers, sans être contrainte de produire une transcription de la conversation, dans l'hypothèse où il en existe une. Le témoin dépose sur ce qu'il a entendu, et non sur la teneur de l'écrit. De même la règle ne s'applique pas si le litige porte sur l'existence ou la livraison d'un document, et non sur son contenu.

Article 76: D'après la définition qu'en propose l'article 81*a*), un double constituera toujours une reproduction fidèle de l'original. Aussi, comme la règle de la meilleure preuve vise à garantir l'exactitude de la preuve relative aux écrits, l'article 76 reconnaît au double le même statut qu'à l'original, à moins que l'authenticité de celui-ci ne fasse l'objet d'une contestation, ou que la production du double ne puisse être cause d'injustice. Cette règle permettra d'épargner temps et argent dans les cas où, par exemple, il est plus commode de produire une copie au carbone ou une photocopie d'un écrit que l'original.

Article 77: Comme nous l'avons souligné dans le commentaire de l'article 75, la règle de la meilleure preuve marque une préférence;

ce n'est pas une règle d'exclusion. Si on exige l'original, c'est qu'il s'agit de la meilleure façon de prouver le contenu d'un écrit, d'un enregistrement ou d'une photographie. Aussi, en cas de perte de l'original ou d'impossibilité de se le procurer, la partie qui désire établir le contenu d'un écrit est autorisée à en offrir une autre preuve.

On peut recourir à n'importe quel autre type de preuve. Il ne servirait à rien de graduer la preuve secondaire. Parfois c'est un double qui constitue le meilleur mode de preuve, parfois c'est un enregistrement et parfois autre chose. De toute façon, la partie qui veut faire cette preuve se sentira obligée de fournir la meilleure preuve secondaire eu égard aux circonstances, vu la possibilité que son témoin soit contre-interrogé à son sujet.

Les alinéas *a*), *b*) et *c*) énoncent trois situations bien connues où, vu l'impossibilité de satisfaire la préférence pour la meilleure preuve, c'est-à-dire l'original, une autre façon de prouver son contenu devient admissible. Le paragraphe *d*) codifie ce qui constituait à tout le moins une règle de pratique. Dans le cours de sa déposition, il arrive souvent à un témoin de faire allusion en passant au contenu d'un écrit. Exiger sa production ne constituerait qu'une perte de temps et n'ajouterait pas grand-chose à la précision de l'enquête judiciaire. Aussi, n'est-il pas nécessaire de produire l'original, lorsqu'un écrit n'a pas de relation causale directe avec un point important du litige.

Articles 78, 79, 80: Ce groupe d'articles énonce trois exceptions à la règle de la meilleure preuve. L'article 78 considère admissibles les copies certifiées de registres officiels, étant donné l'impossibilité de retirer de l'endroit où ils sont régulièrement déposés les originaux de documents publics.

L'article 79 permet de recevoir en preuve des résumés d'écrits aussi volumineux que des livres de comptes. La production et l'inspection par la cour des originaux, de ce genre de documents, poseraient souvent de sérieux problèmes pratiques, en plus de constituer une perte de temps considérable. L'aveu oral ou écrit fait par une partie relativement au contenu d'un écrit, a toutes les chances d'être digne de foi.

L'article 80 crée donc une exception à la règle de la meilleure preuve.

Article 81: Cet article comporte un certain nombre de définitions essentielles. Comme l'indique l'article 75, ce chapitre s'applique aux écrits, enregistrements et photographies. La définition qu'on donne à ces pressions englobe à peu près tous les procédés d'emmagasinage d'informations. Ainsi «photographie» inclut un film provenant d'une caméra et «écrit» et «enregistrement» incluent les reproductions par impulsion magnétique et enregistrement électronique.

Bien qu'on ne puisse pas toujours dire de façon précise ce qu'est un original, l'alinéa *b*) fournit une définition juridique commune de ce vocable. Elle n'inclut pas uniquement le premier écrit à avoir été rédigé, mais également celui que les parties à l'acte destinaient à avoir le même effet. Ainsi, si chaque partie à un contrat a en sa possession une copie au carbone, une photocopie ou tout autre type de copie qui représente à ses yeux le contrat, chacune de ces copies constitue un original. Dans certains cas, on considère le négatif comme l'original d'une photographie; or, la définition considère aussi comme un original le tirage d'un négatif. Enfin, l'imprimé d'ordinateur constitue également un original au terme de l'alinéa *b*).

Les techniques modernes permettant de reproduire les écrits sont tout à fait dignes de foi. Aussi, l'article 76 place-t-il le double sur le même pied que l'original, sauf dans certaines circonstances. La définition du mot duplicata qu'on trouve à l'article 81*a*) inclut le double produit par un procédé propre à assurer une reproduction fidèle de l'original.

Chapitre IV—La connaissance d'office

Article 82: Le droit ainsi que certains faits n'ont pas à être établis en preuve devant le tribunal de la façon coutumière, par le témoignage d'experts ou tout autre moyen de preuve légalement admissible. Le juge ou le jury a le droit de trancher la question en se fondant sur sa propre connaissance ou sur une information qui lui est fournie officieusement. Il peut donc prendre connaissance d'office de ce fait. Ce chapitre du Code précise les informa-

tions dont le juge ou le jury peut prendre connaissance d'office et la procedure à suivre lorsqu'un fait est pris sous connaissance d'office.

Article 83: Le juge ou le jury serait incapable de comprendre la preuve si certains faits non établis en preuve ne lui étaient familiers, et s'il ne pouvait présumer leur existence. Ainsi, lorsqu'un témoin affirme avoir observé une voiture dans un terrain de stationnement, le juge ou le jury fera immédiatement une association entre un objet et le mot voiture, sans qu'il faille faire la preuve de la signification de ce mot. On ne songerait ordinairement pas, lors d'un procès, à faire la preuve qu'une auto circulant à une vitesse de 80 milles à l'heure ne peut s'immobiliser sur une distance de dix pieds; qu'un cheval est un animal à quatre pattes; qu'un fusil est une arme dangereuse; ou que le soleil ne brille pas à minuit à Ottawa. Le procès n'en finirait pas de s'éterniser s'il fallait établir chacun de ces faits au moyen d'une preuve indépendante. Aussi, les parties ont-elles le droit de présumer que l'arbitre des faits, i.e. le juge ou le jury selon les cas, aura recours à son bon sens et à son expérience au moment de porter un jugement sur la preuve qui lui est présentée. Le paragraphe (1) énonce donc une règle nécessaire à l'effet que l'arbitre des faits doit prendre connaissance d'office de tout fait qui est de connaissance notoire.

En plus de ce qui est connu de toute personne possédant une intelligence et une expérience moyennes, il est certains faits qui ne sauraient être sérieusement contestés, soit parce qu'ils sont de connaissance notoire dans les limites de la juridiction du tribunal, soit parce qu'ils peuvent faire l'objet d'une vérification rapide et sûre en consultant des sources dont l'exactitude ne saurait sérieusement être mise en doute. On gaspillerait le temps de la cour s'il fallait établir ces faits selon les règles de preuve. Voilà pourquoi le paragraphe (2) prévoit que le tribunal peut en prendre connaissance d'office. De son côté, l'article 85(1) impose au tribunal l'obligation de prendre connaissance d'office d'un fait à la demande d'une partie, lorsque celle-ci fournit au juge l'information nécessaire pour lui permettre de ce faire. Les faits sur lesquels peut porter la connaissance d'office comprennent des éléments d'histoire ou de géographie locale, ou encore, des faits d'ordre scientifique, historique, géographique ou chronologique dont la vérification

peut se faire aisément au moyen de traités, de cartes géographiques, d'almanachs ou d'encyclopédies. La notion de connaissance d'office est en continuelle expansion. Par exemple, il y a quelques années, il fallait prouver que le compteur de vitesse au radar peut mesurer la vitesse à laquelle roule une automobile. De nos jours, cela fait partie de la connaissance d'office des tribunaux.

Un juge qui tente de dégager la politique législative ou l'objectif sous-jacent à un texte de loi, doit nécessairement tenir compte des faits qui en sous-tendent la formulation de cette loi. Souvent il doit, en appliquant une loi, considérer les conséquences pratiques de sa décision. Le paragraphe (3) permet donc au juge de prendre connaissance d'office des faits qu'il a utilisés dans la détermination de la loi, de façon à ce que les tribunaux soient en mesure de s'informer le mieux possible au moment de trancher une question de droit.

On parle de faits législatifs pour désigner les éléments généraux d'ordre économique et social dont le juge se sert dans la détermination de la loi. Dans le passé, il est arrivé très souvent à des juges de les prendre expressément sous connaissance d'office en déterminant la validité constitutionnelle d'une loi. C'est ainsi qu'en scrutant la constitutionnalité d'une loi provinciale frappant les banques d'une taxe, les tribunaux ont pris connaissance d'office de certains faits d'ordre économique en évaluant les effets de la taxe sur les activités bancaires. De même, les tribunaux appelés à déterminer le droit international coutumier ont pris sous connaissance d'office des pratiques générales et particulières propres aux États.

Article 84: Les tribunaux sont censés connaître la constitution et l'ensemble du droit du pays; de plus, ils sont depuis longtemps sous obligation législative de prendre connaissance d'office des publications de la gazette officielle du Canada et de celles des provinces. Toutefois, la question de savoir jusqu'à quel point la législation déléguée, les lois privées et la jurisprudence des provinces peuvent être prises sous connaissance d'office, donne lieu en droit actuel à des anomalies. Le paragraphe (1) codifie en gros le droit actuel tout en supprimant ces bizarreries.

On imposerait au juge un fardeau trop lourd en exigeant de lui qu'il prenne connaissance d'office des lois et règlements d'accès diffi-

cile. Le droit actuel exige qu'on fasse la preuve de la plupart d'entre eux, mais il y a certaines exceptions prévues législativement. L'article 84(2)*a*) permet au juge, à sa discrétion, de prendre connaissance d'office de tous ces textes législatifs et réglementaires. De son côté, l'article 85 rend la connaissance d'office obligatoire, lorsqu'une partie en fait la demande et fournit au juge l'information nécessaire à cet effet.

A l'heure actuelle, il faut faire la preuve du droit d'un pays étranger comme s'il s'agissait d'un fait ordinaire, en faisant appel à un témoin expert, à défaut de quoi le juge doit appliquer le droit en vigueur dans le ressort du tribunal. Toutefois, de nos jours, il est souvent assez facile de connaître l'état du droit étranger en consultant des recueils spécialisés et les répertoires de lois étrangères. Aussi, en permettant au juge de prendre connaissance d'office du droit étranger, l'article 84(2)*b*) laissera au juge le soin de choisir la meilleure façon de se renseigner à ce sujet. L'article 84(3) permet au juge soit d'appliquer le droit local, s'il est dans l'impossibilité de déterminer le droit d'un pays étranger, soit de renvoyer l'action. En droit actuel, il serait tenu d'appliquer le droit «local» même s'il était probable que le droit étranger soit complètement différent.

Article 85: On ne saurait exiger du juge que de sa propre initiative il trouve l'information lui permettant de prendre connaissance d'office des faits mentionnés aux articles 83(2) et 84(2). Voilà pourquoi la connaissance d'office relève, dans ce cas, du pouvoir discrétionnaire du juge. Toutefois, si une partie lui demande de prendre ces faits sous sa connaissance d'office, qu'elle en donne avis à la partie adverse et qu'elle fournit l'information nécessaire, l'article 85(1) rend la connaissance d'office obligatoire.

Aux termes du paragraphe (2), le juge a le loisir dans chaque cas de consulter la source d'information qui lui semble la plus pertinente, pour décider à la fois de l'opportunité de prendre connaissance d'office et des faits dont il prendra ainsi connaissance.

Le paragraphe (3) reconnaît la nécessité de recourir à une procédure équitable pour toutes les parties lorsque le tribunal prend ou a pris connaissance d'office. Chaque partie doit avoir l'occasion de se faire entendre sur l'opportunité de prendre connaissance d'office; de plus, le tribunal doit lui indiquer les sources de renseignements qu'il a utilisées.

Si le juge prend un fait sous sa connaissance d'office, une partie ne peut rapporter une preuve devant le jury visant à contester ce fait. Ce serait faire perdre le temps de la cour que de permettre à un plaideur de contester un fait, lorsque le juge a décidé qu'il ne saurait raisonnablement être contesté. Le juge doit ordonner au jury d'accepter ce fait (par. (4)).

A l'instar de la pratique actuelle, le paragraphe (5) prévoit qu'on peut prendre connaissance d'office d'un fait à toute étape de l'instance: lors des auditions préalables au procès, lors du procès ou lors de l'appel.

TITRE VI—APPLICATION DU CODE

Article 86: L'actuelle *Loi de la preuve au Canada* contient les règles de preuve qui régissent les instances criminelles et les instances évoquées devant la Cour fédérale, de même que les appels de ces décisions portés devant la Cour suprême du Canada. Le paragraphe (1) confère au code le même champ d'application. Le code ne gouvernera pas des domaines de compétence fédérale comme le divorce, les brevets d'invention, les lettres de change et la faillite. En effet, exception faite des problèmes posés par la détermination des limites constitutionnelles dans des affaires évoquées devant les tribunaux provinciaux, la cour doit souvent traiter de l'une ou l'autre de ces questions de concert avec un problème qui relève de la compétence exclusive des provinces. Ainsi, un individu peut dans une seule et même action invoquer un recours contractuel et un recours prévu par la *Loi des lettres de change*. Pour éviter la possibilité qu'un groupe de règles de preuve provinciales et un groupe de règles de preuve fédérales s'appliquent à la même action, le Code ne régira pas ces instances.

Mis à part les règles générales touchant la pertinence et l'exclusion d'une preuve en raison de pertes de temps indues, de préjudice et ainsi de suite, de même que les règles créant un droit au secret, on n'a généralement pas utilisé les règles de preuve lors de la détermination des faits préalables, de la prise de connaissance d'office et des auditions relatives à la détermination des sentences, à l'octroi d'une libération, à l'émission de sommations et de man-

dats, à la remise en liberté sous cautionnement ou sous d'autres formes, ou à l'octroi ou à la révocation d'une ordonnance de probation. Le paragraphe (2) ne change rien à la situation présente.

Article 87: En règle générale, le Code ne s'applique pas aux décisions des organismes administratifs, ceux-ci s'accommodant assez mal des règles de preuve. Aussi est-il préférable que ces tribunaux utilisent les règles de preuve qu'ils jugent appropriées. Cependant, les règles fondamentales relatives à la pertinence et à l'exclusion de preuves interminables, confuses, trompeuses ou préjudiciables, devraient s'appliquer à tout organisme qui fait enquête de façon rationnelle. Il devrait en être de même des règles créant un droit au secret, celles-ci visant à protéger des valeurs sociales importantes qui sont étrangères au processus d'enquête. Le présent article rend ces règles applicables à toute décision relevant d'un organisme administratif fédéral.

TITRE VII—ABROGATION

Article 88: Le droit actuel invite le président du tribunal à donner au jury des directives conformes à la règle de *common law* dégagée par l'arrêt *Hodge*, lorsque la preuve d'une infraction criminelle rapportée au procès est essentiellement circonstancielle. En d'autres termes, avant de pouvoir rendre un verdict de culpabilité, les jurés doivent être convaincus que les circonstances mises en preuve sont non seulement compatibles avec la culpabilité du prévenu, mais qu'elles sont incompatibles avec toute solution logique autre que celle de sa culpabilité. Il semble que le Canada soit le seul pays de *common law* à avoir conservé cette directive. Celle-ci n'ajoute rien à la directive générale voulant qu'avant de condamner un individu, l'arbitre des faits soit convaincu de sa culpabilité au-delà du doute raisonnable. De fait, elle est susceptible de semer la confusion dans l'esprit du jury. Aussi, l'alinéa *a*) abroge-t-il la règle *Hodge*.

L'alinéa *b*) abolit les diverses règles de droit posant la nécessité de corroborer un élément de preuve, ou obligeant à mettre le jury en garde contre le danger inhérent à une preuve non corro-

borée. Le droit actuel interdit de condamner un prévenu sur la foi du témoignage d'un enfant non assermenté ou de celui de la victime de certaines infractions sexuelles, à moins que la déposition de ces témoins ne soit corroborée. En ce qui concerne d'autres catégories de témoins comme le complice, l'enfant qui a été assermenté et la victime de certaines autres infractions sexuelles, le juge doit avertir le jury qu'il peut condamner l'accusé sur la foi de la déposition de ces témoins, mais qu'il est dangereux de le faire si leur témoignage n'est pas corroboré. Enfin, à l'heure actuelle, la déposition d'un seul témoin ne peut suffire à faire condamner quelqu'un pour parjure, trahison et faux. Nous recommandons l'abolition de toutes ces exceptions à la règle générale voulant que la déposition d'un seul témoin apte à rendre témoignage ait suffisamment de valeur juridique pour justifier une condamnation.

L'ensemble du Code se fonde sur l'hypothèse à l'effet que les jurés ont l'expérience et le bon sens nécessaires pour évaluer le témoignage qu'ils ont entendu et qu'en ce faisant ils tiennent compte de facteurs tels que la source de la déposition et l'absence de toute preuve de nature à l'appuyer. Rien ne permet de croire que les jurés sont plus susceptibles de se laisser tromper par la déposition d'un complice, de la victime de certaines infractions sexuelles ou de jeunes enfants, que par celle de n'importe quel autre témoin. De plus, on ne voit pas pourquoi le contre-interrogatoire et la plaidoirie de l'avocat ne peuvent pas mettre en relief les faiblesses inhérentes à la déposition de ces témoins aussi efficacement que les faiblesses inhérentes à la déposition d'autres témoins.

La nécessité de corroboration pour justifier une condamnation sous les accusations de parjure, de trahison et de faux constitue une anomalie historique (*cf.* l'étude préliminaire #11 intitulée «Corroboration»). Il ne subsiste aucune justification valable d'accorder à cet égard un statut spécial à ces trois infractions.

Article 89: Le présent article traite uniquement des lois dont la pertinence est immédiate. Nous n'avons aucunement tenté de faire le tour de tous les amendements accessoires qui peuvent s'imposer.

Le Code embrasse la plupart des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, et celle-ci doit être abrogée. Toutefois, il

conviendrait de conserver dans une loi distincte un certain nombre de dispositions de procédure qu'on trouve dans la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en est ainsi des dispositions concernant la preuve qui se rapporte à des instances évoquées dans des tribunaux situés à l'extérieur du Canada, de celles qui régissent la réception d'affidavits à l'étranger et de celles qui adoptent certaines procédures provinciales.

L'article 42 du Code remplace l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui traite du droit au secret de la Couronne.

Les dispositions abrogées par les alinéas *b*) et *d*) consistent dans les règles relatives à la corroboration dont fait état l'article 88. L'article 19(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants* concerne l'assermentation des enfants. Il est remplacé par les articles 50 et 51 du Code.

Commentaires sur la structure du Code

Les façons de structurer un Code sont multiples. Le plan du projet de Code, présenté dans le rapport, a reçu l'assentiment de tous les membres de la Commission, car il répond de façon satisfaisante à l'attente des divers groupes auxquels il s'adresse. Cependant la Commission a considéré d'autres possibilités dont les deux qui font l'objet des commentaires suivants.

Commentaire du vice-président Lamer

Tout d'abord, le Titre I contient un chapitre II qui ne regroupe pas, comme son intitulé le laisse supposer, l'ensemble des dispositions générales du Code de la preuve mais seulement deux d'entres elles. De plus, il n'existe aucune raison de ne pas faire passer, à la suite des articles 1 à 3, les articles 86 et 87 qui dans le plan proposé se retrouvent à la fin. Ces deux textes en effet traitent eux aussi de l'application générale des dispositions qui suivent. Il semble préférable d'avertir immédiatement le lecteur du Code, dès le début, du champ exact d'application de celui-ci de façon à ce qu'il puisse immédiatement déterminer s'il doit ou non en continuer la lecture.

En second lieu, le Titre IV porte sur l'«admissibilité» des preuves. Il contient, dans son chapitre I, une juxtaposition faite au hasard des règles d'exclusions. Le Code gagnerait en clarté si

celles-ci étaient regroupées en tenant compte des principes qui sont sous-jacents, comme dans le nouveau plan proposé. De plus, ce même chapitre I n'est pas complet. Il omet de reproduire d'autres règles d'exclusion contenues au Titre V, telles celles exprimées aux articles 62, 63, 64 et 66.

En troisième lieu, le Titre IV ne tient pas compte du fait qu'il existe deux règles fondamentales qui gouvernent la recevabilité des preuves, l'admissibilité traitée au chapitre I du plan, et la contraignabilité, qui elle, est laissée pour compte par le plan proposé et ne se retrouve qu'au Titre V (Modes de preuve).

Enfin, le Titre V comprend, au chapitre II, des règles qui ne portent pas sur le mode de preuve par témoins, tel qu'il a été dit précédemment.

Le plan de rechange proposé nous paraît préférable. Il comprend dans le premier Titre l'ensemble des dispositions générales. Ensuite il établit, d'une manière me semble-t-il plus claire, au Titre IV, les conditions de forme et de fond de la recevabilité des preuves. Quant à ces dernières, il regroupe les règles traditionnelles d'exclusion en tenant compte du but poursuivi par le législateur. Enfin, il dépouille le Titre V portant sur les modes de preuve, de toutes les dispositions qui ne sont pas strictement pertinentes à l'administration du mode de preuve.

CODE DE LA PREUVE

PLAN

		Articles
TITRE	I -- DISPOSITIONS GÉNÉRALES	1 à 3, 86 et 87
TITRE	II -- COMPÉTENCE DÉCISIONNELLE EN MATIÈRE DE PREUVE	6 à 11
TITRE	III — FARDEAUX DE PREUVE ET PRÉSOMPTIONS	
CHAPITRE	I — LES FARDEAUX DE PREUVE	12 et 13
CHAPITRE	II — LES PRÉSOMPTIONS	14

		Articles
TITRE IV	— CONDITIONS DE LA RECEVABILITÉ DES PREUVES	
SOUS-TITRE I	— Authentification et identification	46 à 48
SOUS-TITRE II	— Règles d'admissibilité	
CHAPITRE I	— DISPOSITIONS GÉNÉRALES	4
CHAPITRE II	— PREUVES EXCLUES POUR DES RAISONS DE PROTECTION DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE	5, 15 et 16
CHAPITRE III	— PREUVES EXCLUES POUR DES RAISONS DE PROTECTION DES DROITS INDIVIDUELS	17 à 20 62 à 64 et 66
CHAPITRE IV	— PREUVES EXCLUES POUR LEUR MANQUE DE VALEUR PROBANTE	27 à 31
CHAPITRE V	— PREUVES EXCLUES POUR DES RAISONS DE PROTECTION DE CERTAINES POLITIQUES SOCIALES	
	A — Transaction, compromis, mesures préventives	21 à 26
	B — Droit au secret	32 à 45
SOUS-TITRE III	— Règles de contraignabilité	54 à 57
TITRE V	— MODES DE PREUVE	
CHAPITRE I	— GÉNÉRALITÉS	49
CHAPITRE II	— PREUVE PAR TÉMOINS	
	A — Généralités	50 à 53
	B — Interrogatoire	58 à 61 et 65
	C — Expertise et opinion	67 à 73
CHAPITRE III	— PREUVE PAR ÉCRIT ET MATÉRIELLE	
	A — Généralités	74
	B — Contenu des écrits, enregistrement et photos	75 à 81
CHAPITRE IV	— CONNAISSANCE D'OFFICE	82 à 85
TITRE VI	— ABROGATION	88 et 89

Commentaire du commissaire La Forest

Le plan du Code est l'aboutissement d'un travail au cours duquel on a tenté de concilier des points de vue divergents. La distribution particulière des articles ne satisfait donc entièrement aucun des participants. Personnellement, je le trouve adéquat. L'arrangement n'est pas du tout mauvais et, logiquement, il se défend. Si j'ai choisi de faire un commentaire, c'est en raison d'une question plus fondamentale: comment rendre les lois aussi intelligibles que possible.

Je regrette que nous soyons tombés dans le piège d'un plan logique extrêmement structuré, paré d'atours juridiques comme des titres et des chapitres emboités les uns dans les autres. Cela est sans doute nécessaire lorsqu'il s'agit de structurer une loi, comme le Code criminel où la matière est considérable. Mais je crois qu'ici ce dont nous avons besoin c'est une structure simple où sont énoncés, au début, les principes de base de la matière du Code et, ensuite, sont traités les aspects particuliers, selon un ordre qu'on peut facilement saisir sans avoir à connaître à fond un plan logique préconçu. La logique sert alors d'instrument utile mais elle n'impose pas son autorité. La matière traitée doit régir la disposition et non l'inverse. Et il faut avoir en vue le groupe auquel on s'adresse.

Différents membres de la Commission ont beaucoup insisté sur la nécessité de rédiger les lois de façon à ce que le profane puisse facilement les comprendre et nous avons, à cet égard, pris certaines mesures décrites dans l'introduction. Je ne suis peut-être pas aussi optimiste que certains de mes collègues quant au degré de réussite possible mais je crois qu'il est important d'œuvrer en ce sens, ce qui pourrait avoir comme conséquence de rendre les lois plus intelligibles aux avocats également. (Cela, ajouté au fait que le Code constitue notre première expérience de rédaction d'un projet de loi, justifie cette façon d'aborder une question qui concerne avant tout les avocats). Je suis toutefois convaincu que, si nous voulons rendre les lois plus claires, nous devons nous préoccuper de l'ordre de présentation plus que nous l'avons fait jusqu'à présent et nous préparer à puiser hors du cadre des principes traditionnels qui régissent la disposition des lois, que ces principes soient inspirés du *common law* ou du droit civil.

La présentation du Code atteint plusieurs des objectifs que j'ai mentionnés. La preuve vise surtout à déterminer les faits qui peuvent être pris en considération dans les procédures judiciaires. En conséquence, le Code – immédiatement après avoir traité du but et de l'interprétation – énonce les principes fondamentaux de la loi de la preuve: que toute preuve pertinente est admissible sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure des faits qui peuvent causer un préjudice indu, induire en erreur, obscurcir le débat ou provoquer des pertes de temps. On pourrait arbitrer un litige de façon très efficace en se fondant sur ces deux seuls principes. Plus loin et aux endroits propices, le Code traite, très à propos, d'un nombre de règles générales inhérentes à ces principes fondamentaux, par exemple, les règles que, sous réserve de certaines exceptions déterminées, toute personne est apte à témoigner et peut être contrainte de le faire et qu'un témoin ne peut refuser de témoigner en invoquant le droit au secret. Toutefois, sous d'autres aspects, on s'éloigne de cette méthode simple pour s'en tenir plutôt, d'une façon systématique à la logique. La meilleure façon peut-être de clarifier cette distinction est d'expliquer ce que je reproche à un ordre logique strict si le but est de rendre un texte plus facile à comprendre.

Il faut reconnaître au départ qu'un plan logique formel sera nécessairement quelque peu arbitraire. Certaines règles peuvent de façon tout à fait convenable s'incorporer dans un contexte parmi plusieurs; ainsi les présomptions peuvent être envisagées comme un aspect du fardeau de la preuve ou comme un mode de preuve. D'autres règles peuvent remplir plus d'une fonction; par exemple, l'exclusion d'une preuve relative à des mesures prises subséquemment à un fait en litige peut se justifier parce que des considérations de temps l'emportent sur sa valeur probante, mais elle peut aussi se justifier par un motif qui n'a pas son fondement dans le système judiciaire, à savoir qu'il faudrait favoriser certaines activités.

Plus important encore, lorsqu'on est emprisonné dans le carcan d'un plan logique rigoureux, on a tendance à traiter les matières selon un ordre qui va à l'encontre du bon sens. Le Code en fournit un exemple, qui a peu de conséquence cependant, alors qu'il traite du droit au secret des témoins – ce qui est tout à fait logique en regard de l'admissibilité des preuves – avant de traiter des témoins. Quelqu'un dont la ferveur envers un plan logique

strict serait moindre, s'attendrait plutôt à l'inverse. Une véritable passion de la logique pourrait même exiger que les principes de base du Code, les articles 4 et 5, soient reportés à l'article 15 sous la rubrique «Admissibilité des preuves», comme nous l'avions fait dans une version antérieure.

Réciproquement, l'adhésion stricte à un plan logique préconçu peut empêcher de renvoyer à la fin du Code les dispositions relatives à des questions techniques ou à des matières accessoires, comme par exemple le sujet: «Authentification et identification». De la même façon, quoique plus difficile à répondre, se pose la question de savoir où situer les articles relatifs à l'application du Code. Le sens commun s'accorde avec la logique pour les mettre au début s'ils sont simples, mais lorsqu'ils sont plutôt complexes et formalistes, comme dans le présent Code, on peut en traiter vers la fin comme d'une question technique. Cela évite de minimiser l'importance des premiers articles qui donnent un aperçu général de la matière. Si l'on croit devoir, dès le début, renseigner le lecteur quant à l'application, un simple article sur la «portée» du Code peut être inséré comme article 1, énonçant que le Code s'applique aux procédures tombant sous l'autorité des lois du Canada selon les dispositions contenues aux articles appropriés. Un plan logique formel n'ignore pas les articles étayant la structure. Ainsi l'article 49, qui énonce les modes de preuve, n'ajoute rien à l'article 4; il serait à sa place dans les commentaires.

Je n'ai pas cru nécessaire de rédiger un plan particulier. Comme je l'ai mentionné, mon principal souci est la question fondamentale soulevée au début de mon commentaire. Je ne suis vraiment pas déçu de la disposition générale du Code.

Publications

Nos recherches sur le droit de la preuve ont fait l'objet de nombreuses études dont les suivantes qui furent publiées au cours de la période 1972-75:

Document préliminaire 1 — L'habilité et la contrainte à témoigner

Document préliminaire 2 — La forme de l'interrogatoire

Document préliminaire 3 — La crédibilité

Document préliminaire 4 — La moralité

Document préliminaire 5 — La contrainte de l'accusé et l'admissibilité de ses déclarations

Document préliminaire 6 — Connaissance judiciaire

Document préliminaire 7 — Opinions et témoignages d'experts

Document préliminaire 8 — Fardeaux de la preuve et présomptions

Document préliminaire 9 — Ouï-dire

Document préliminaire 10 — L'exclusion de la preuve illégalement obtenue

Document préliminaire 11 — Corroboration

Document préliminaire 12 — Le secret professionnel devant les tribunaux